

كتاب الأجابة

تأليف أبي القاسم بن محمد مرزوق بن عضوم المرادي

(كان حياً سنة 1009 هـ / 1604 م)

الجزء الثالث

تحقيق وتقديم :

محمد الحبيب الهيلة

المجمع التونسي للعلوم والآداب والفنون

”بيت الحكمة“

كتاب الأجوبة (ج 3) لأبي القاسم بن عذّوم / محمد الحبيب الهيلة -
تونس : المجمع التونسي للعلوم والآداب والفنون «بيت الحكمة» 2005
(تونس : مطبعة علامات) 496 ص، 24 سم - مسفّر.
ر.د.م.ك. : 6-016-49-9973

سحب من هذا الكتاب 700 نسخة في طبعته الأولى

© جميع الحقوق محفوظة للمجمع التونسي

للعلوم والآداب والفنون «بيت الحكمة»

قرطاج، 2005

[1 ب]

بسم الله الرحمن الرحيم * وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد⁽¹⁾ .
الحمد لله ، هذا بقية جواب لم يُوجد أوله⁽²⁾ :

.....رضي الله عنه ، ولو رجع بعد خمسة أيام⁽³⁾ لم يحنث
والشهر أحب إليّ ، انتهى . وإليه أشار في المختصر بقوله : وسافرُ القصر
في لأسافرنّ ومكث نصف شهر وندب كماله لأنتقلنّ ، انتهى . قوله :
وسافر القصر أي مسافة القصر فهو على حذف مضاف في حلفه لأسافرنّ
كحلفه لأنتقلنّ ، ووجه التشبيه هو المكث المذكور وحدد في الشامل
بالشهر وعطف عليه دونه بقليل . ومقتضى نية الحالف في النازلة أنه إذا
حصل ما نواه وهو خروج زوج ابنته من الدار فإنه أن يرجع إليها هذا
حكم نيته في يمينه التي لم⁽⁴⁾ نيته فيها حسبما ذكر في
السؤال وإقامته الشهر إنما هي لمجرد الاحتياط خوف وقوع خللٍ ما في
نيته التي ذكر أو أنّ الحالف لم يضبطها فاحتطت له بذلك لاحتمال شيء
من ذلك فيكون المكث المذكور مبني على أصل النقل الواقع في اليمين
المذكورة إذ تجردت عن نية ، وعبر عنه⁽⁵⁾ في أصل الجواب بالإقامة

(1) نحقق هذا الجزء الثالث من كتاب الأجوبة لابن عظمٍ اعتماداً على نسخة واحدة لم نثر على غيرها ، مما يجعلنا نلاقي بعض الصعوبة في تحقيق نصه دون أن نستطيع إكمال ما نقص فيه من النصوص الطويلة أو القصيرة أو الكلمات . ذلك لأننا وجدنا في هذه المخطوطة ألقاصاً في أوائل بعض أجوبتها أو في أواخرها . وقد أشرنا إلى ذلك كله في محله من الهوامش .

(2) ورد الجواب الذي افتتح به هذا الجزء مقطوع الأول .

(3) بالأصل يوماً .

(4) كلمة غير مقروءة بالأصل .

(5) بالأصل : وعبره ، والإصلاح مقترح .

دون المكث الذي عبر به في المختصر اقتداءً بعبارة الإمام - رضي الله عنه - والمختصر راعى مجرد الاختصار في تعبيره بلفظة المكث . والله تعالى أعلم، وبه التوفيق .

الحمد لله ، سألني محمد بن نصر الله العمروني من باجة في صبح الأحد ثاني رجب عام 1003 [هـ / 13 مارس 1595 م] عن مسألة رجل اشترى دارا من مالکها ودفع ثمنها بمعاينة شاهد من شهيدي التبايع وتسلمها من البائع كما يجب منذ نحو عامين اثنين . ثم قدر الله تعالى بوفاة ولد المشتري وقد كان بزوجه تحت إنفاق والده وفي جملة عياله ، فلما أن قدر الله تعالى بوفاته ضاع حكم اشتراء الدار المذكورة فقامت زوجة الابن تدعي أنّ الدار لزوجها وأنها تأخذ صداقها وإرثها من ثمنها وذلك من ذكرها دون بيّنة . فقام المشتري المذكور على البائع وطالبه بالاعتراف فاعترف أنه إنما باع له لا لولده وقبض الثمن منه لا من ولده . واستُفسر الشاهد الذي عاين دفع الثمن عن ذلك فقال : أبو الميت هو الذي دفع الثمن من ماله ، ونسيتُ هل كتبتُ الشراء باسم الأب أو باسم البائع مع شهادة الشاهد الأول بالمال لأب الميت كما ذكر كاف في صحة ملكها للأب ولا مقال لزوجة الولد الميت في ذلك والحالة هذه أم لا؟ جوابكم والسلام .

فأجبتُ بما نصه بعد افتتاحه : إذا كان الأمر كما ذكر فشهادة الشاهدين بأن الأب هو الذي دفع الثمن من ماله يقضي أن الأب هو الذي يملك الدار ولأن ملك المشتري يتبع ملك عوضه لقول الشيخ شهاب الدين وتبعه الشيخ أبو عبد الله المغربي - رحمهما الله تعالى - الأصل أن العوض في البياعات يأخذه أحد الشخصين المتعاضين عوضا [2 أ] عما خرج عن يده ، فهذا يتناول الثمن والمثمون لأن كلا منهما عوضٌ عن الآخر بحيث إن الذي خرج عن يده عوض هو الأخذ بعوضه هذا هو

الأصل . وعلى هذا فالأب مدعى عليه لقول القاضي البرهان وغيره - رحمه الله تعالى - المدعى عليه من كان قوله على وفق أصل ، وزوجة الولد الميت مدعية لقوله أيضا : المدعي من كان قوله على خلاف أصل ، وعلى هذا فالبينة عليها بأن الدار لزوجها كما ادّعت ، فإن عدمت بينتها حلف لها الأب على أن شراء الدار ، التي هي عوض ماله الذي شهد له به ، له لا لولده ، عملاً لمطابقة الأصل المذكور لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر) ويختص الأب الحالف حينئذ بالدار المذكورة . والله تعالى أعلم ، وبه التوفيق .

تذييل ، كلام الشيخين شهاب الدين في قواعده وكلام الشيخ المغربي من ترتيب القواعد والفروق . ونقلت ذلك من أول القاعدة الأولى من قواعد البيوع والفروق في الورقة 123 من الكتاب المذكور ، واعرف قاعدة المدعى عليه في الورقة 109 من الجزء السابع ، وفي الورقة 171 منه .

الحمد لله ، سألتني من نابل الشاب إبراهيم يعقوب لشقيقه بذكره صاحب النازلة في أواسط رجب الفرد الأصبّ عام ثلاثة وألف [1003 هـ / أوائل أبريل 1595 م] عن مسألة رجل يسكن في دار ملكه بمكان لا يناله فيه الحكم الشرعي تعصّب عليه رجل من قرابته بأنّ تسبّب له في دعوى باطلة لا حقيقة لها . فأجابه الرجل المذكور بالأعراب المذكورين فخرج الرجل المذكور المالك عن داره المذكورة بزوجته وأخرج من أسبابه ما قدر على حمله وترك بها طعاماً وأداماً وأسباباً أدركه الخروج عنها وأسكن الرجل المذكور ولده بالدار المذكورة لغلبته وقدرته . فهل على هذا الرجل الذي تسبّب في إخراج الرجل المذكور من داره من غير وجه شرعي أدب بالحكم الشرعي لما فعل وعليه ضمان ما ترك رب الدار بها أم لا ؟ والسلام .

فأجبت بما نصه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فعلى الرجل المذكور الأدب والسجن بقدر اجتهاد الحاكم، قاله الشيخ اللخمي - رحمه الله تعالى - وغيره من شيوخ المذهب، وعليه أيضا ضمان ما ترك رب الدار بها من ماله ولو انتفع ولده الذي أسكنه هو بها. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل من الشيخ اللخمي وغيره ذكره الشيخ البرزلي في أول ترجمة الغصب من حاويه وذلك لأن هذا المعنى من باب الغصب. وحقيقته ما قال الشيخ ابن عرفة: أخذ مال غير منفعة ظلما قهراً لا لخوف قتال، فيخرج أخذه غيلة إذ لا قهر فيه لأنه بموت مالكة.

وقولي: وعليه ضمان ما ترك رب الدار بها من ماله، ترك هو العامل في بها، ومن ماله بيان لما. وإنما ضُمنَ لأنه المسبب، والقاعدة «ضمان المتسبب». قال الشيخ ابن ناجي في آخر ورقة من غصب كبيره: والفتوى وهي في عاشرة قسم كبير الشيخ المغربي ولأنه المسلط للأعراب ولولده والقاعدة أن «البداية في الضمان بالمسلط» قاله الشيخ ابن ناجي في الورقة 15 من قسم كبيره، ومثله في وسط بهرام في قول المختصر: وإن لا بدى بالغاصب [2 ب] وعزاه للمشهور، ولقول ابن القاسم في استحقاق المدونة. واعرف الورقة 109 من السادس والورقة 133 منه الإحالة على أماكنها.

وقولي: ولو انتفع به ولده الذي أسكنه هو بها هذه أغناه في ضمان الرجل المتسبب المسلط وضمير به عائد على ما، من قولي ما ترك رب الدار بها، وضمير أسكنه المتصل المنصوب عائد على ولده، وفي أسكنه ضمير مرفوع هو فاعل أسكنه عائد على الرجل المتسبب المسلط وإبرأؤه أصوب ليرتفع اللبس بعوده على غير ما عاد عليه فيقول أسكنه فلم ينو إلا أبوه المتسبب المسلط. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

الحمد لله، سألني محمد بن عثمان الجربي دُعي الزهاني على يدي محمد التدريش في أواسط رجب المذكور عن مسألة يمينه بالأيمان اللازمة اعترف بها لشاهدين على أنه لا يسكن الحومة الفلانية طالما كذا، وبساط يمينه أمرٌ قامت بيّنة عليه. وقامت بيّنة أخرى على عدم وقوع ذلك البساط.

فقلت له: إذا ثبتت البيّتان وأسقط الإعدارَ فيهما من يجب له، وحلفت على صحة البساط فلا حث عليك برجوعك لسكنى الدار المذكورة. ثم ذهب فقال: سألتُ الفقيه المسراتي فقال: لا تسكن وتحث إن سكنت. ثم سألني محمد بن عثمان المذكور أن أكتب له مبيضة سؤال عنها نصها بعد افتتاحها: جوابكم عن مسألة رجل مقدّم في حومته على توزيع رمية وقعت على أهلها فعرضها عليهم المقدم المذكور. فقام رجل منهم واتهم المقدم المذكور وأنه ترك من أهل الحومة رجالاً لم يعرض عليهم شيئاً معيّنين ولم يؤدّهم. فحلف بالأيمان اللازمة طالما فلان شيخنا في الحومة الفلانية فإنه لا يسكنها بعد مجيئه من الغرب فإنه عازم على السفر إليه. اعترف بذلك خوف طروء نسيان عليه في يمينه والحالة أن عليه بيّنة يمينه وأشهد له شاهدين على نفسه. ثم بعد قدومه من الغرب قامت له بيّنة استرعاء شهدت بسبب يمينه المذكورة أنها ما كانت منه إلا بسبب أنّ المقدم ترك الرجال المذكورين من الأداء كيف ذكر. وقامت بيّنة بعدلّين شهدت بأن الرجال المذكورين أدّوا مع أهل الحومة ولم يتركهم المقدم المذكور من الأداء بوجه من الوجوه.

فهل يُقضى بيمين الحالف المذكور على السبب المذكور وهو الترك المذكور ولم يقع ترك فلا يحث إذا رجع إلى سكنى الحومة المذكورة لفقد السبب المذكور والسبب ينظر إليه إذا فُقدت النية وهي هنا مفقودة، أولاً يُنظر إلى سبب يمينه كما لا يُنظر إلى نيته، أو كانت له نية لأنه

أسرته البينة المذكورة فكما لا ينظر إلى نيته مع أسر البينة فكذلك لا يُنظر إلى السبب مع أسر البينة أيضا؟ جوابكم والسلام.

ووفقا على الفقيه المسراتي بالسؤال ليجيبه فيه وذلك لمانع عرض لي عن أن نجيب فيه وهو أن محمداً بن عثمان المذكور كان أشهدني على اعترافه باليمين المذكورة فامتنع من كتب جوابه فيه ورغب مبيضة الجواب ينقلها وأن نوقفه على النقل في ذلك.

فكتبت له مبيضة ليجيب بها وأوقفته على النقول التي تأتي في التذييل. ونص المبيضة بعد افتتاحها: اعلم أن بساط اليمين هو السبب المثير [3 أ] لها الحامل عليها، قاله غير واحد من الشيوخ، والبساط مقدم على النية في القضاء، قاله الشيخ المغربي. ومعنى القضاء أن تكون على يمينه بيعة، قاله غير واحد. وإذا كان الأمر كما ذكر وثبت السبب المذكور بيعة لا مدفع فيها وثبت أداء الرجال الذين كان توهم تركهم من الأداء هو سبب اليمين المذكورة بحيث إنهم لم يتركوا من الأداء. وأسقط الإعذار في البينتين المذكورتين الحالف المذكور ومقدم من قبل القاضي يقيمه للإعذار بحق الله تعالى فقد سقط حكم اليمين المذكورة لأن هذه النازلة يخصص فيها السبب عموم اللفظ فلا حث على الحالف المذكور في رجوعه إلى سكنى الحومة المذكورة لفقدان السبب الحامل على اليمين. وذلك بعد أن يحلف في مقطع الحق على صحة السبب المذكور وأنه هو حامله على اليمين المذكورة على مقتضى ما شهدت به البينة من السببية. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، قولي: اعلم أن بساط اليمين هو السبب المثير لها الحامل عليها قاله غير واحد من الشيوخ. بساط اليمين هو سبب اليمين المثير اليمين والحامل عليها. قاله جمهور المتقدمين والمتأخرين وشيوخ المذهب، واللفظ للشيخ أبي العباس أحمد القلشاني - رحمه الله تعالى

- في شرح الرسالة . قال - رحمه الله تعالى - معنى اعتبار البساط أن الحالف إذا سئل عن نيته فنسيها فيسأل عن سبب يمينه وذكر السبب فذلك السبب هو البساط ومنه تُعرف نيته . وذلك أن الحالف لا يحلف في الغالب حتى تكون له نية وتارة يذكرها فيُبنى عليها إذا احتملها اللفظ على تفصيل فيها، وتارة ينساها فتُعرف من البساط . قال سحنون - رضي الله تعالى عنه - إذا لم يكن لليمين بساط فاهدف منها . ومعنى قوله فاهدف منها أي من الجواب فيها . فبدأ وحث، انتهى من الشيخ القلشاني .

قلت : قوله - رحمه الله تعالى - ومن البساط تعرف نيته، وقوله : تارة ينساها فتعرف من البساط، فيه إشعارٌ وإيدانٌ بأن المقصود الأهم بالذات في الطريق الموصل إلى تخصيص لفظ اليمين وتقييده هو النية، وإنما العدول إلى البساط لأنه وسيلة إلى الوصول إليها لكنه خص بأحكام الفرق بين المقصود بالذات والمقصود بالعرض، منها أنه لا بد من بينة به لأنه أمر خارجي لا قلبي فلذا اعتُبر في مسائل القضاء حيث تكون على اليمين بينة وأهملت النية فيها .

نعم إن دلَّ عليها دليل خارجي اعتبرت كهُوَ على ما صرح به في المدونة حيث قال : فإن تقدم كلام يدل على ذلك فذلك له ويدين ويأتي الآن في القولة التي هذه . ومعنى يُدين أي يوكل إلى دينه . ومنها أنه يُقبل مع البينة على اليمين . وفي الورقة 11 من إيمان كبير الشيخ ابن ناجي : بساط اليمين هو السبب الذي كان عليه اليمين إليها .

وقولي : والبساط مقدّم على النية في القضاء قاله الشيخ المغربي ، ومعنى القضاء أن تكون على يمينه بينة، أما معنى القضاء وهو أن تكون على يمينه بينة فصرح به الشيخ البرزلي في سادسة إيمان حاويه والشيخ

ابن ناجي في الورقة 18 من أيمان كبيره في قوله: ومن حلف بعثق أو طلاق أن لا يشتري ثوبا [3 ب] فاشتراه وشيئا الخ فهما المراد «بغير واحد» في قولي معنى القضاء أن تكون على يمينه بينة. قاله غير واحد. وأما أن البساط مقدم على النية في القضاء فدليله ما وقع في رابع التمييز والتمليك من كبير الشيخ المغربي - رحمه الله تعالى - ونصه قوله: وإن قال لها اختاري أو اختاري نفسك، فقالت: قد اخترت نفسي، فقال: لم أرد الطلاق وإنما أردت أن تختار أي ثوب اشتريه لك فإن تقدم كلام يدل على ذلك فذلك له ويُدين وإن لا فهو البتات.

قوله: فإن تقدم كلام يدل على ذلك، المسألة: الشيخ قدّم هذا البساط على النية. الشيخ يقدم النية على البساط في الفتيا وأما في القضاء فلا ينوي مثل ما هنا.

وقول ابن رشد: لا خلاف أن للحالف نيته التي أرادها وعقد عليها يمينه وإن كانت مخالفة للفظه إنما ذلك في الفتيا. وأما في القضاء فإن البساط مقدّم ولا يصدّق في دعوى البينة إلا أن يكون هناك ما يدل على تصديقه مثل ما يأتي في قوله: أنت طالق، وقال: أردت من وثاق وكقوله اعتدي إذا كان الجواب جوابا لكلام كان قبله كدراهم تعدّها، لأن هذه الألفاظ مقتضاها الطلاق فلا يصدّق في نيته إلا بدليل، ومثل هذا من صنع له غيره طعاماً وقال له: أنت حر، وقال: نويتُ حرّ الفعّال، وكذلك إذا كان يعصيه وقال: ما أردتُ إلا في عصيانه إياي كالحرّ. وكذلك إذا قال لزوجته: لا نكاح بيني وبينك، وكان الكلام عتاباً. وقوله: فذلك له ويُدين يريد ويحلف، انتهى من الشيخ المغربي.

قلت: موضح الدليل منه هو قوله: وأما في القضاء فإن البساط مقدم فاعرفه فهو صريح في الدلالة على أن مسائل القضاء البساط فيها مقدّم

في حل اليمين على البينة ولا تحلّه النية إلا إذا دل عليها دليل يصدّق مدّعيتها الحالف في دعواه إياها، فاعرفه .

وقولي: إذا كان الأمر كما ذكر، إذا أداة شرط طرف مستقبل خافض لشرطه منصوب بجوابه، فالجملة التي تليه في موضع جرّ بإضافته إليها، وفعل الجواب هو العامل في محلّ الطرف، فإذا متعلق به تعلق المعمول بعامله، وإذا مقدم من تأخير، فإذا قلت: إذا جاءني زيد أكرمته فتقديره: أكرم زيدا إذا جاءني .

وقولي: وثبت السبب، ثبت عطف على كان والمعطوف على فعل الشرط شرط مثله، والدليل على اشتراط ثبوت السبب في النازلة هو البساط بالبينة يأتي في قولي وذلك بعد أن يحلف .

وقولي: وثبت أداء الرجال الخ، ثبت عطف على ما قبله أيضا، ومرّ الكلام في سبب اليمين موعبا وهو في النازلة عدم أدائهم، وعدم أدائهم لم يكن بل أدوا بالبينة على ذلك، فكان السبب غير واقع فيكون مسببه كذلك وهو الحنث بالسكنى .

وقولي: وأسقط الإعذار هو عطف على فعل الشرط أيضا فقولنا كان وثبت السبب وثبت أداء وأسقط الإعذار هو عطف على فعل الشرط قبله أيضا، فقولنا: وثبت السبب وثبت أداء وأسقط الإعذار أفعال أربعة كلها مدخول إذا الشرطية وبقي فعل خامس وهو شرط في رفع الحنث وهو أن يحلف محمد بن عثمان صاحب النازلة على البساط المذكور، وسيأتي ذكر ذلك آخر التذييل . وهذه الأفعال الأربعة وهي ثبّت السبب [4 أ] وثبت أداء الرجال وأسقط الإعذار وحلّف صاحب النازلة في مقطع الحق هي شروط الحكم الذي وقع الجواب به، والحكم نفسه له فصول ثلاثة ستأتي الآن .

وقولي: فقد سقط حكم اليمين، هذه الجملة جواب إذا الشرطية والفاء فيها داخلة في جواب إذا رابطة الجواب بالشرط أي لحمله الجواب بجملة الشرط.

وقولي: لأن هذه النازلة يخصّص فيها السببُ عمومَ اللفظ، هذا تعليل لقولي سقط حكم اليمين أي لتخصيص البساط لعمومها والمراد هذه النازلة وما كان من نوعها حيث يكون اليمين بقضائها كطلاقٍ وعتقٍ وحيث يكون بساط يمينه.....⁽¹⁾ وحيث تكون على اليمين بينة حتى تكون من مسائل القضاء، وتقدّم معنى القضاء، والسبب فاعل يخصّص عموم مفعوله. وهذا الحكم من روح الجواب لأن روح الجواب عن حكم هذه النازلة ثلاثة فصول: الأول أنّ البساط عامل في مسائل القضاء حيث تكون على اليمين بينة أسرت الحالف، والثاني أنّ البساط شرط. فقوله: والعمل به، أن تقوم بينة به، والثالث أن صاحب النازلة يحلف مع بينة البساط الشاهدة به.

أما الأول منها والثالث فدليلهما ما مرّ نقله عن رابعة التخيير والتملك من كبير الشيخ المغربي. وأما الثاني وهو شرط العمل بالبساط في تخصيص عموم اليمين أن تقوم به بينة فدليله ما وقع في ثامنة التخيير والتملك من كبير الشيخ المغربي في قولها: وإن قال لها أنت بريئة أو بنت مني أو أنت خلية وقال لم أرد به طلاقاً إن تقدّم كلام يكون هذا جوابه يدل على أنه لم يرد به الطلاق صدق وإن لا فقد بانّت منه إذا كان كلاماً مبتدأً ونصه قوله: فإن تقدّم كلام يكون هذا جوابه معناه ثبت بينة ويحلف على ذلك، انتهى. وفي صغيره ما نصه: قوله: وإن قال لها برئت مني معناه إذا قامت على هذا البساط بينة، انتهى. ومثله في عتقه الأول في مسألة كالحرف في العصيان فذكر قيام البينة على البساط والحلف

(1) كلمة غير مقروءة بالأصل.

عليه ونصه قوله: وَمَنْ عَجَبَ مِنْ عَمَلِ عَبْدِهِ أَوْ مِنْ شَيْءٍ رَأَاهُ مِنْهُ فَقَالَ لَهُ: مَا أَنْتَ إِلَّا حَرٌّ، أَوْ قَالَ لَهُ: تَعَالَ يَا حَرٌّ وَلَمْ يُرِدْ بِشَيْءٍ مِنْ هَذَا الْحَرِيَّةِ وَإِنَّمَا أَرَادَ أَنْتَ تَعْصِيَنِي فَأَنْتَ فِي مَعْصِيَتِكَ إِيَّايَ كَالْحَرِّ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي الْفِتْيَا وَلَا فِي الْقَضَاءِ. الشَّيْخُ الْمَغْرِبِيُّ فِي صَغِيرِهِ: أَرَادَ بِالْعَجَبِ عَجَبَ السَّخَطِ لَا عَجَبَ الرِّضَى.

وقوله: فلا شيء عليه يريد وعليه اليمين ويريد أيضا إذا قامت على البساط بينة هـ.

قولي: فلا حث على الحالف المذكور في رجوعه إلى سكنى الحومة المذكورة، الفاء أذنت بأن ما بعدها وهو عدم حثه نتيجة عما قبلها وهو سقوط حكم اليمين لأجل تخصيص سبب اليمين لعدم لفظ، أو تكون الفاء ومدخولها بياناً لما قبلها وهو قولي: فقد سقط حكم اليمين لأن سقوط حكم اليمين بيانه في عدم حث الحالف أو الجملة بدل من الجملة.

وقولي: لفقدان السبب الحامل على اليمين، السبب الحامل على اليمين هو البساط وهذا الفصل علة لعدم حث الحالف لأن يمينه مسببة عن بساطها وهو سببها ولأن القاعدة «أن السبب يلزم من عدمه عدم المسبب». واعرف أوائل جمادى الأخرى مرت قريبا.

قولي: وذلك بعد أن يحلف في مقطع الحق على صحة السبب المذكور، وهذا الحلف لما مرّ في كلام الشيخ المغربي حيث قال في وسطه معناه ثبت بينة ويحلف على ذلك وفي عتق صغيره الأول [4ب] حيث قال: قوله فلا شيء عليه يريد من عليه اليمين. وقولي: وإنه هو حامله على اليمين المذكورة هذه الجملة معطوفة على صحة التي هي مدخول على والمعنى يحلف في مقطع الحق على صحة البساط وعلى

أن ذلك البساط المذكور هو الذي حمله على اليمين اللازمة المذكورة .
وقولي : على مقتضى ما شهدت به البينة من السببية البينة هي البينة
الشاهدة بالسبب المشار إليها في صدر الجواب بقولي وثبت السبب
المذكور بيينة لا مدفع فيها ، ومعنى على مقتضى أي عملاً على مقتضى .
ومن في قولي من السببية بيان في ما قضي من البيانية وضوابطها
أن⁽¹⁾ بها الذي وتقدير ذلك ما شهدت به البينة الذي هو السببية
وظهر أن⁽²⁾ في اشتراطي في العمل بالبساط هذين الشرطين
وهما قيام بينة عليه والحلف على صحته ، وسببته هو ما مرّ بتقديره من
كلام الشيخ المغربي في شرحه الوسط والصغير .

وظهر أن معتمدي في العمل بالبساط وتخصيص عموم لفظ اليمين به
في مسائل القضاء حيث تأسر الحالف بيينة على يمينه أو إقرار بها هو
كلام الشيخ المغربي حيث قال : قول ابن رشد لا خلاف أن للحالف نيته
التي أرادها وعقد عليها يمينه وإن كانت مخالفة للفظه إنما ذلك في الفتيا
وأما في القضاء فإن البساط مقدم ، وهذا اللفظ من الشيخ المغربي هو
روح الحكم في هذه النازلة على ما مرت إشارتي إليه فلا يتوهم متوهم
أن الحالف حيث تكون على يمينه بيينة أو أقرت بها أنه لا ينظر إلى
بساطها كما أنه لا ينظر إلى نيته حيث تكون على يمينه بيينة أو أقر
الحالف بها بل البساط معتبر حيث تكون بيينة على اليمين أو أقر الحالف
بها بل البساط هو المقدم على البينة مع أسر البينة أو الإقرار . وهذا
المعنى هو المراد بمسائل القضاء على ما مرّ تقديره أن شرط العمل به
قيام بيينة به . وحلف المستمسك به على قصده سببته وإنما تكون النية
مقدمة على البساط في مسائل الاستفتاء على ما صرح به الشيخ البرزلي

(1) بياض بمقدار ثلاث كلمات بالأصل .

(2) بياض بمقدار ثلاث كلمات بالأصل .

في سادسة أيمن حاويه عن القاضي ابن الحاج وغيره والشيخ ابن ناجي في الورقة 17 من أيمن كبيره على أن القرينة الدالة على تصديق الحالف في ما يدعيه من النية توجب قبول دعواه النية وينحل عنه حكم اليمين على ما مرّ في كلام المغربي في رابعة التحيز والتملك حيث ذيل على كلام ابن رشد حيث قال: وأما في القضاء فإن البساط مقدم ولا يصدق في دعوى النية إلا أن يكون هناك ما يدل على تصديقه. وساق منه نظائر. مسألة الوثاق وغيرها. فاعرف ذلك فهو الفقه المفيد - رحمه الله تعالى ورضي الله عنه - .

الحمد لله ، سألني الفقيه عبد اللطيف ابن الفقيه محمد القلشاني لشقيقته زوجة الكاتب محمد البجائي ولأولادها في أواسط رجب الفرد المذكور عن مسألة وهي أن الكاتب محمد البجائي قام على القائد بلعيد الترهوني في دار بيده برسم تحيس فيها من أبي عبد الله محمد البجائي والذ القائم المذكور فكتب تحت شرائه إياها من مالها وفي رسم اشتراء المذكور: بحقوقها ومنافعها وما عدّ منها ونُسب إليها عدى المخزن الملاصق لها من قبيلها. وفي رسم التحيز⁽¹⁾ بحقوقها ومنافعها والحبس المذكور على ولديه [5 أ] محمد القائم المذكور وبركات ومن يتزايد لهما من الذكور وعلى أعقاب الذكور وللأنثى السكنى خاصة ما دامت عزباء فإذا انقرض الذكور رجعت للإناث ثم ذكر المرجع وغيره تحيسا مستوفى كما يجب ، فدافعه المقوم عليه وهو القائد بلعيد الحائر للدار برسم اشتراؤه إياها من جانب المخزن الحفصي . تاريخه بعد تاريخ اشتراء محبسها إياها وبعد تاريخ تحيسه إياها .

فترافع الكاتب محمد أحد الولدين المحبس عليهما وهو القائم المذكور مع القائد بلعيد المقوم عليه المذكور للقاضي وأقام الكاتب محمد وثيقة

(1) التحيز: إثبات الحوز في المبيع وغيره .

تتضمن اعتراف القائد بلعيد بصحة الحبس وعجز القائد بلعيد عن إبطالها ثم اصطلاحا على أن اعترف القائد بلعيد بصحة الحبس ولم يبق له فيه حجة ولا حق ولا منازعة بوجه من الوجوه وطيبه لمستحقه التطيب التام وقبض من الكاتب محمد ومن حفيده الصغير ابن شقيقه بركات المذكور في رسم الحبس كذا وكذا ديناراً عما صرفه في الدار من بناء ورم وإغلاق. وأبرأهما من ذلك وطيب لهما جميع ما عمله بها التطيب التام. ووافق الرافعان على ذلك وطيباً له مقبوضه والحالة أن في خاتمة رسم الصلح عند الإشهاد شهد على إشهادهم بذلك في الصحة والطوع والجواز في ثامن محرم عام تسعة وسبعين وتسعمائة [979 هـ / 3 جوان 1571 م] وبأن الدويرة الملاصقة للدار من جهة جوفيها داخله في الحبس المذكور وبمعرفتهم فلان وفلان. فظهر - حفظكم الله تعالى - أن رسم التحيس قال فيه بحقوقها ومنافعها ورسم اشتراء محبسها لها قال فيه بحقوقها ومنافعها وما عد منها ونُسب إليها عدى المخزن الملاصق بها من قبلها.

وقال في رسم الصلح: وبأن الدويرة الملاصقة للدار من جهة جوفيها داخله في الحبس المذكور. وقد كان بركات أحد الولدين المذكورين في رسم التحيس مات قبل القيام وأن ولده الصغير مات بعد عقد الصلح وورثه ورثته ولم يتكلموا في الدار ولا في الدويرة بإرث لأجل علمهم بالحبس المذكور. وانفرد عم الكاتب محمد بحوزها بحق الحبس مدة تقرب من عشرين عاماً ثم توفي عن أولاده ذكور وإناث، فقام بعض بناته اللاتي لا حق لهن في الحبس في الحال بالتزويج وزعمت أن الحبس في الدويرة غير تام لعدم ذكرها في رسم التحيس المذكور فتأخذ حقها منها بالإرث عن أبيها الكاتب محمد على أنها ملك لا حبس. فهل تنهض حجتها في ذلك أو لا حجة لها فيه، والسلام؟

فأجبتُ بما نصه بعد افتتاحه : إذا كان الأمر كما ذُكر فحجة البنت القائمة غير ناهضة لأن الدويرة المذكورة داخلية في الحبس المذكور بالمطابقة فلا ملك لها بالإرث بوجه . وتقرير دخول الدويرة في الحبس بالمطابقة أن رسم الصلح قال في آخره وبأن الدويرة الملاصقة للدار من جهة جوفها داخلية في الحبس المذكور فهذا اللفظ أدخلها في الحبس بالمطابقة والتصريح لأن دخولها فيه بهذا اللفظ هو كمال مدلوله وضعا واستعمالا ، وسواء قدرنا هذا اللفظ معطوفا على صحة المجرور بالباء في قوله اعترف القائد بلعيد بصحة الحبس والتقدير اعترف بصحة الحبس واعترف بأن الدويرة إلى آخره ، فظهر من الشهادة بهذا اللفظ أن تسليمه [5 ب] إياها لهما بالصلح إنما كان على دخولها في الحبس فلا يتجه دعوى القائمة فيها بالملك لأن الملك غير الجهة التي سَكَمها لهما عليها وتسلماها منه عليها ، وهذا التقدير وإن كان مبنيا على أن قوله : وبأن الدويرة إلى آخره من مقول بلعيد فهو يستلزم إقرار والدها الكاتب محمد به أيضا . لأن الحبس أيضا هو مدعاه ، فاعتراف بلعيد له به موافق لدعواه فقصارى سكوته وسكوت حفيده عما اعترف لهما به من حبسهما أن يكون رضى منهما به عملاً بقاعدة السكوت وأنه كالأقرار من الساكت ، أو قدرنا اللفظ المذكور وهو بأن الدويرة الخ معطوف على اسم الإشارة مدخول الباء فيكون ذلك اللفظ من مقول المصطلحين ثلاثتهم والتقدير شهد على إشهادهم بذلك وبأن الدويرة إلى آخره . وعلى هذا فإشهاد الكاتب محمد بأن الدويرة داخلية في الحبس وأن تأخذ حقها منه بالإرث عن أبيها المذكور فلا تتم لها هذه الدعوى لأن أباها مورثها قد اعترف بحبسها نصا على هذا التقدير ولزوما بالسكوت وقرينة طلبه على التقدير الأول . والله تعالى أعلم ، وبه التوفيق .

الحمد لله ، سألتني المؤدب علي بن جمعة الغرياني مؤدب كتاب المُعلّق في تاسع عشر رجب المذكور عن مسألة رجل أسكن زوجته

بدار رجل جيّد رضيتُ به الزوجة وعمّها وكيلها وشهدتُ فيه الناس بسجلّ القاضي أنّه يُرتضى لذلك. فبعد مدة غاب الجيّد في زرعهِ يوماً يتفقدّه. ادّعت المرأة أنّ الزوج أضربّها في غيبته وطلبت الانتقال لدار أخرى والحالة أنّ الرجل الجيّد لا يعلم ما بين الزوجين، كما هي العادة في ذلك، وإنما زوجته تعلم ذلك وتخبره به سواء كان حاضراً أو غائبا. فهل ليس للزوجة انتقال من الدار المذكورة إلاّ بجرحة تقوم في الجيّد المذكور ولا تضرّ غيبته في تفقد زرعهِ ولو تكررت، ولا مقال للزوجة وعمّها في ذلك أم لا؟ وهل لعمّها المذكور أن يأتيها كل حين للدار المذكورة والحالة أنّ الزوج تضرّر منه؟ أو لا يأتيها إلاّ في يوم معلوم؟ جوابكم والسلام.

الجواب بما نصه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فليس للزوجة الانتقال الذي طلبته إلاّ بجرحة تثبتها وغيبة اليوم ونحوه في ما ذكر غير قاذحة، وليس للعمّ الدخول إليها في كل حين وإنما يدخل لضرورة بمحضر الجيّد والجيّدة أو الزوج. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، قولِي: ليس للزوجة الانتقال الذي طلبته إلاّ بجرحة تُثبِتُها، هذا لوجهين: الأول جودة الرجل المشهود فيه ورضي الزوجة وعمّها به، حسبما ذكر في صدر السؤال، والثاني العادة المذكورة في السؤال بأنّ الجيّدة هي التي تنقل الخبر للجيّد فصارت غيبة الجيّد عن الدار في النهار وحضوره سواء لأجل العادة المذكورة.

وقولي: وغيبة اليوم ونحوه في ما ذكر غير قاذحة هذا لأمر منها العادة المذكورة في السؤال أنّ الجيدة هي التي تنقل الخبر بما يقع بين الزوجين [أ 6] أي الجيّد، وأنّ الجيّد لا يباشر ما يقع بينهما ولا يعلمه إلاّ بواسطة زوجته، فتكون غيبته في النهار عن الدار وحضوره سواء.

ومنها أن غيبته في تفقد زرع ضرورة ومدته قليلة وهو اليوم ونحوه .
ومنها أن مثل هذه من الأمور المدخول عليه عادة فلا مقال للزوجة ولا
لعمها فيها . وبيانه أنه من الأمور المدخول عليه عادة أن العادة اقتضت
أن الرجل مطلقاً لا يلازم المكث في الدار نهائياً كالنسون ، وإنما اقتضت
العادة أنه يتصرف في النهار في أسباب تمعشه واحترافه وسعيه في ذلك
مطرده إذ غالب كالمطرده ، والعلم بهذا الوصف حاصل للعم وحفيدته ،
فكان الوصف المذكور مدخولاً عليه لاستواء الناس في علم ذلك فليس
لهما إنكاره على الجيد مع تقرر العادة به وتقرر العلم بهذه العادة المطردة
أو الغالبة .

وقولي : وليس للعم الدخول إليها في كل حين وإنما يدخل لضرورة ،
الضرورة إما الزيارة أو قضاء حاجة لها أو استشارة معها في شأن ما
وكتنه عليه أو نحو ذلك من الضروريات . ففي الزيارة مرة في الجمعة
كالوالدين وعليه درج في المختصر وفي الموقفاة 30 من نكاح البرزلي
عن جواب أبي جعفر المُرسي ما نصه : للأمر زيارة ابنتها كل يوم اثنين
ولبنت زيارة أمها في كل يوم جمعة .

البرزلي : والذي وقعت به الفتيا أن الزيارة يومين في الجمعة من
الجانبين لكن لما كانت الضرائر⁽¹⁾ الأخر غير الزيارة لا ينضب وقتها
أطلقت دخول العم عليها ولم نُعيته بمرة في الجمعة ولا بأكثر من مرة
وإنما قيده بالضرورة وضبطه بصاحب لأجل أن الضرائر غير الزيارة لا
ينضب وقت حدوثها ونزولها ولأجل تضرر الزوجة بدخوله لإفسادها .
وأشرت إلى الصاحب بقولي بحضرة الجيد والجيدة أو الزوج فالباء في
بحضرة بمعنى مع . فأما حضور الجيد فلأنه هو الأصل في قصد الإسكان
عنده في هذا الزمان . وأما حضور الجيدة فلقول المختصر : وقضي

(1) كذا بالأصل ، والمقصود هنا الضروريات .

للمصغار كل يوم وللكبار في الجمعة كالوالدين ومع أمينة إن اتهمهما .
وفي ثامنة الضرر: إن اشتكى الزوج أبويها نُظِرَ فإن كانا مسيئين مُنعا من
زيارتها إذا لم تؤمن ناحيتهما . المشاور: فإن اتهمهما لإفسادها زاراها
في كل جمعة بأمانة تحضر معهما لثلا يخلوا بها، انتهى .

وأما حضور الزوج فلقول الشامل: فإن اتهم الزوج الأبوين في إفسادها
زاراها في كل جمعة مرة بحضرة أمينة . ولأجل اختلاف النقول المذكورة
وتعدد القائلين عطفها بأو المقتضية للتنوع أي أنها أنواع من القول،
فالقول بحضور الجيد هو المقصود بالإسكان عنده في عادة هذا الزمان،
والقول في «بحضور الجيد» هو قول المشاور وعليه درج في المختصر،
والقول في «بحضور الزوج» هو قول الشامل . وفي هذا القول كفاية .
والله تعالى أعلم، وبه التوفيق .

الحمد لله، سألني عبد العزيز بن محمد المرדاسي في أواخر رجب
المذكور عن نسخة رسم وسؤال . فالرسم بمحوّل تقييد يتضمّن أن الشقيقتين
عبد الواحد وعبد الله ولدي الحاج علي بركات أنهما يملكان جميع الدار
الشرقية الباب داخل باب علاوة، وأن [6 ب] الأخوين عبد العزيز وعلي
ولدي محمد الرادسي⁽¹⁾ يسكنان فيها منذ تسعة أعوام فارطة عن التاريخ
ولم يعطياهما من الكراء شيئا . وأجابهما عبد العزيز بأنه سكن بالبيت
الشرقية من الدار المذكورة منذ عامين وعلي بالإنكار العام .

نص الرسم الذي بمحوّل التقييد: الحمد لله، يعرف شهوده عليا
وعبد العزيز المسؤولين المذكورين بمحوّله معرفة تامة ويشهدون بأنهم
عائنا الدار وسكنا الدار المذكورة بمحوّله المدة المذكورة بمحوّله مع
السائلين المذكورين بمحوّله ولم يعلموا لذلك ناسخا إلى الآن . وقيدوا

(1) ورد الاسم سابقا المرداسي . انظر أعلاه .

بذلك شهادتهم هنا بتاريخ أوائل رجب عام 1003 [هـ / مارس 1595 م] و بمعرفتهم السائلين أيضا معرفة تامة . ويتلو ذلك أسماء الشهود 14 رجلا ورسم العمل .

ونص السؤال بعد افتتاحه : جوابكم بعد تأملكم من النسخة المقيّدة أعلاه هل على الشهود أن يعيّنوا مبدأ تاريخ المدة المشهود بها أي تمامها ويعينوا ويحيبوا لكل واحد من المشهود عليهما البيت الذي سكنه من الدار أو لا يلزمهم ذلك؟ والسلام .

الجواب بعد افتتاحه : إذا كان الأمر كما ذكر ففي تقييد عبد الواحد وعبد الله أنهما يملكان جميع الدار وأن عبد العزيز وعليا يسكنان بها تسعة أعوام ولم يعطياهما من الكراء شيئا . فقد أفردا أنفسهما بملكها وأفردا عبد العزيز وعليا بها، وفي هذا تكذيب لبيتهما حيث شهدت أن عبد العزيز وعليا سكنا الدار مع السائلين المذكورين والمعلوم أن تكذيب المشهود له البينة ولو في بعض ما شهدت به مبطلها، ولا يؤخذ بشهادتهما شيء . والله تعالى أعلم، وبه التوفيق .

تذييل ، قول عبد الواحد وعبد الله في تقييدهما أنهما يملكان جميع الدار وأن عبد العزيز وعليا يسكنان بها ولم يعطياهما من الكراء شيئا يقتضي بظاهره أن السكنى المذكورة في جميعها بأدلة : الأول قاعدة العطف فإن العطف يقتضي مشاركة المعطوف عليه في المتعلقات فعطف جملة «وأن عبد العزيز وعليا يسكنان بها، على جملة «أنهما يملكان جميع الدار» ويقتضي أن الجملة المعطوفة تشارك الجملة المعطوف عليها في لفظ جميع الدار، وإذا اشتركتا في لفظ جميع الدار لزم أن يكون قوله يسكنان بها معناه بجميعها لأن جميع الدار في المعطوف عليه يُعتبر في المعطوف . والثاني : أنهما قالوا في تقييدهما : يسكنان بها

وتركا التصريح بالاستفصال هل يسكنان جميعها أو بعضها؟ وقال الشيخ ابن السبكي: الأصح أن ترك الاستفصال ينزل منزلة العموم في المقال. والثالث: أن قولهما في تقييدهما: يسكنان بها إما أن يُحمل على السكنى بجميعها وهو مقتضى ظاهره - كما مرّ - وإما أن يُحمل على السكنى ببعضها.

فالحمل الأول يشهد له وقوع جميعها في الجملة المعطوف عليها والعطف يقتضي الاشتراك في المتعلقات كما مرّ. والحمل الثاني لا شاهد عليه وهو يوجب أن يكون على حذف مضاف وتقييده يسكنان بعضها والقاعدة «أن الحذف والتقدير خلاف الأصل ولا يُخرج عن الأصل إلاّ بدليل».

وقولي: إن تكذيب المشهود له البيّنة إلى آخر الجواب هو في الورقة 8 من التبصرة في خامسة الفصل الثامن [7 أ] في ما ينبغي للقاضي أن ينتبه له في أداء الشهادات. وفي الوثيقة وجه آخر مقتضى لبطلانها وهو أن تعيين الشهود أعيان السنين بأسمائها مطلوب لإمكان معارض في أعيانها يديه الخصم عند الإعدار إليه⁽¹⁾ إجمال أسمائها. ويشهد لهذا ما وقع في الورقة 12 من العتق وتوابعه من البرزلي عن وثائق الغرناطي ونصه: من تمام وثيقة الموت والوراثة والملك أن يحدّ الشهود المدة التي عرفوا ملكه للأملك فيها فربما قام قائم بوثيقة أخرى بالملك فيُهتدى بالتاريخ لمعرفة الأقدم ملكا في ذلك. أعرف الورقة 182 من الجزء الرابع، فلهذا يقتضي لزوم بيان الوجه الذي تمكن المعارضة فيه من الخصم ولا يترك على احتماله حتى إذا أبدى الخصم فيه المعارض نظر بينهما. ثم إن تعيين الشهود أيضا البيّتين المسكونتين لعبد العزيز وعلي من الدار، ومطلوب أيضا في حقهم حيث شهدوا

(1) كلمتان غير مقروءتين في الأصل.

بالسكنى للأربعة المطلوبين والطالبين وإنما كان هذا التعيين مطلوباً في حقهم لأن غالب مساكن الدور فيها الرفيع والوضيع وتختلف قيمتها بحسب اختلافها في الرفع والضعف. ولأن حكم الحاكم بينهم في ذلك يتوقف على التعيين لقول الشيخ المتيطي: حكم الحاكم إنما هو متعلق بمعيّن، وفي ثامنة باب الأفضية من وثائق الشيخ الفشتالي لفظ معروف فقال: حكم الحاكم إنما يتعلّق بمعروف بشهادة معروفة، وعلى هذا فكيف شهدت البيئة بسكنى مسكنين في دار بدون تعيينها؟ وكيف يحكم الحاكم في بيتين مسكونتين بقيمة سكنائها مع إجمال ذاتيهما في شهادة البيئة الشاهدة بها..... (1).

الحمد لله، سأل الحاج يوسف التركي الساكن الآن بينزرت في أواخر رجب المذكور عن مسألة اشتراء علجية⁽²⁾ مع ابنتها صغيرة فتزوج العلجية وعمل معها أولاداً ورعى البنت المشتراة إلى أن كبرت فخطبه فيها رجل فأجاب خطبته. وشرط سيدها على الرجل الخاطب المذكور نقداً وصداقاً وحوائج ففعل ذلك الخاطب المذكور، وحضر بينهما جماعة من المسلمين وشهدوا عليهما بذلك، وشرط أيضاً سيدها على الزوج المذكور أنه لا ييني بها إلا بعد مضي عامين حتى يحضرها، فقبل ذلك الزوج المذكور. ثم إن البنت المذكورة توفيت بعد مضي ستة أشهر من يوم العقد عليها. فهل يلزم الزوج جميع شطر ما سمى لها من صداق ونقد وحوائج التي شهد به الجماعة الحاضرون للعقد أو لا يلزمه شيء والحالة ما ذكر؟ والسلام.

فأجاب عنه الحاج سالم بما نصه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر وثبت النكاح بواجب الثبوت كما يجب وثبت ملكية البنت المذكورة

(1) بياض بمقدار سطرين ونصف بالأصل.

(2) العلجية: المملوكة من العلوج.

لسيدها المذكور بواجب الثبوت وماتت البنت المذكورة قبل البناء بها فيستحقّ سيدها شطر المسمى من مقدم ومؤخر ولا مقال للزوج في ذلك. والله تعالى أعلم. [7 ب] وكتبه الفقير سالم، انتهى.

وجاءني الحاج يوسف صاحب النازلة فطلب جوابي بالعطف فيه فكتبت تلوه ما نصه: الحمد لله، ما أجاب به الشيخ المفتي أعلاه هو مقتضى ما درج عليه في المختصر وغيره، وعليه الجواب صحيح. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذليل، لا بد من تقديم مقدمتين قبل الخوض في فصول الجواب وهما في التحقيق متعلقان بفصوله، الأولى في ميراث أم الولد من ابنتها، والثانية في أن أم البنت المتوفاة في النازلة زوجة موطوءة بالنكاح لا أنها أم ولد موطوءة بالملك. فأما المقدمة الأولى فاعلم أن في ميراث أم الولد من ابنتها اضطراب بمقتضى كلام الشيخ في مختصره وصريح كلام الشيخ بهرام في تمشيته في وسطه وصغيره، مع صريح كلام القاضي أبي الوليد بن رشد في مقدماته أنها لا ترث. ومقتضى كلام الشيخ شهاب الدين القرافي وتبعه الشيخ أبو عبد الله المغربي أنها ترث. أما مقتضى كلام المختصر وصريح كلام الشيخ بهرام في تمشيته فنصه قوله: ولا رقيق، لا خلاف أن الرقيق لا يرث ولا يورث وسواء المدبر وأم الولد والمعتق إلى أجل والمعتق بعضه، ويأخذ ماله كله من يملك الجزء الرقيق منه. وإليه أشار بقوله ولسيد المعتق بعضه جميع إرثه، انتهى.

قلت، قوله: ويأخذ ماله كله من يملك الجزء الرقيق منه، هو لفظ الشيخ ابن الحاجب - رحمه الله تعالى - ويأخذه معناه بالملك لا بالإرث ولهذا عبر بيأخذ لا ييرث.

وقوله : ولسيد المعتق بعضه جميع إرثه أي ما يسمّى إرثا وهو ما يترك من ملك بعد موته إذ هذه الصفة هي صفة الإرث فلاحظها في العبارة لا أنه إرث حقيقة فيه فاعرفه . وأما صريح كلام صاحب المقدمات فنصه في كتاب أمهات الأولاد . وتسرى رسول - صلى الله عليه وسلم تسليمًا - مارية القبطية فولدت له ابنه إبراهيم فقال - صلى الله عليه وسلم تسليمًا - في ما روي عنه عند ولادتها إياه (أعتقها ولدها) يريد - صلى الله عليه وسلم تسليمًا - أنه تثبت لها حرية بسبب ولدها فلا تعود إلى الرقّ أبدًا ولا يجوز بيعها ولا هبتها لا أنها بتلت حرّيتها لأنه بقي له فيها الاستمتاع طول حياته ، بدليل ما روي عنه من حديث ابن عباس - رضي الله تعالى عنهما - أنه قال (أيما أمة ولدت من سيدها فهي حرة بعده) وإذن قد انعقد الإجماع على أنّ أم الولد لا تعتق قبل موت سيدها وأن أحكامها أحكام أمة في جميع أحوالها من الموارثة والشهادة وديتها وأرش جراحتها، انتهى من المقدمات .

وأما كلام الشيخ شهاب الدين القرافي - رحمه الله تعالى - فنصه : عتق أم الولد يتنجز في الحال وإنما بقي له فيها المتعة . ووقع هذا في خاتمة قواعد الإجارة في الورقة 140 من ترتيب القواعد والفروق للشيخ أبي عبد الله المغربي ، وسلّمه بسكوته عنه مقتصرًا عليه كأنه المذهب . وللشيخ شهاب الدين أيضا - رحمه الله تعالى - في موضع آخر منه ما نصه : عتق أم الولد يتنجز في الحياة وإنما يبقي له فيها المتعة فقط والمدبر بخلافها وإنما يتم عتقه بالموت ، انتهى . ووقع هذا في المسألة الرابعة من القاعدة الثالثة من قواعد الموارث من ترتيب القواعد والفروق في الورقة 175 منه .

قلت : فقوله يتنجز عتقها في [8 أ] الحال في حياة السيد يقتضي تمام حرّيتها فيكون لها الإرث لأنه حكم الأم التامة الحرة . وقوله : إن

المدبر لا يتم عتقه إلا بموت السيد يقتضي مقابلته بأم الولد أن أم الولد تمّ عتقها في حياته قبل موته وهذا يقتضي أيضا أن تكون لها ما للحرّة التامة الحرية وهو الإرث. وللباحث في كلام القاضي أبي الوليد - رحمه الله تعالى - أن يقول: أما قوله لأنها بنتت حريتها فيعارضه معارضة حقيقية قول الشيخ شهاب الدين: عتقها منجزاً في الحال في حياة السيد وتمّ في حياته والمدبر إنما يتم عتقه بموت السيد.

وأما استدلاله بحديث ابن عباس - رضي الله تعالى عنهما - (أيما أمة ولدت من سيدها فهي حرة بعده) فجوابه أنه يحتمل الضمير في بعده أن يعود على مصدّق ومفهوم من ولدت أي بعد الإيلاد، «وعند الاحتمال يسقط الاستدلال» وعود الضمير على مصدّق مفهوم من لفظ الفعل الذي قبله كثير شائع في كلام العرب ومنه قوله تعالى ﴿وَلَا يَرْضَى لِعِبَادِهِ الْكُفْرَ وَإِنْ تَشْكُرُوا يَرْضَهُ لَكُمْ﴾⁽¹⁾ أي مُرَضٍ الشكر لكم. ومنه قول صاحب المختصر في أول النكاح: وجبر وصي أمره أبّ به أي بالجبر، قاله الشيخ ابن غازي في حاشيته. وأما ما ذكره من الإجماع فكيف يسوغ للشيخين الشهاب والمغربي مخالفته ومكانتهما من العلم والدين معروفة ومنزلتهما من معرفة المذهب أصولا وفروعا محفوظة، وكيف ينعقد الإجماع مع مخالفتها. ثم أن ما وسعهما يسع من اعتمد مثلي وقال بقولهما، وكفى بهما أسوة في ذلك. وأما أن أحكامها أحكام أمة في الموارثة فهو موضع النزاع وهي نتيجة ما قدم قبلها. والذي تقدم قبلها قد مرت معارضته بكلام الشيخين الشهاب والمغربي. وأما بقاء استمتاع السيد طول حياته فهو مصرّح به بأداة الحصر في كلام الشيخين الشهاب والمغربي فهما موافقان عليه والمتعة والاستمتاع لا ينافي التّحيين في الحياة بحال الزوجات، لأن السيد قد ثبت له الاستمتاع ودخل عليه

(1) القرآن: الزمر 7 .

بوجه جائز وهو الملكية، والقاعدة «استصحاب حال ما ثبت وجوده حتى يثبت رافعه» قاله الشيخ ابن عرفة - رحمه الله تعالى - ونقلته في الورقة 104 من الجزء الرابع .

وأما المقدمة الثانية وهي أن أم البنت المتوفاة في النازلة زوجة أي موطوءة بالنكاح لأنها متسرّاة أي موطوءة بالملك، فيدل عليه قول السائل متزوج العلجية، والتسرّي لا يسمّى تزويجا. قال القاضي عياض - رحمه الله تعالى - في قوله عزّ وجلّ ﴿وَلَيْسَتَعَفِيفَ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا﴾⁽¹⁾ أن معنى لا يجدون نكاحاً أي لا يقدرّون على الزواج لعسرهم. نقله الشيخ المغربي في أول النكاح الأول من كبيره. ولما قسم الشيخ اللخمي - رحمه الله تعالى - النكاح إلى واجب موسّع وواجب غير موسّع وواجب محين ذكر لفظ التزويج ولفظ التسرّي كلا منهما في مقابلة الآخر. وقال الشيخ المغربي الإجماع قد انعقد على أن الرجل لا يتزوج أمته لتعارض حقوق الملك وحقوق التزويج، ذكره في الورقة 32 من النكاح الأول من كبيره. فهذه كلها دلائل على أن التزويج هو الوطء بعقد النكاح والوطء بالملك لا يسمّى تزويجاً وإنما هو تسرّي فيكون قول السائل تزوّج العلجية معناه عقد عليها النكاح لا أنه تسرّاه بالملك ولا يكون عقده عليها النكاح إلا بعد تبئيل عتقها إجماعاً [8 ب] على ما مرّ. إذا تقررت هاتان المقدمتان فأعلى الرق الحاصل في البنت المتوفاة في النازلة يمنع إرث زوجها من مخرّفها كما يمنع إرث أبيها المبتل عتقها قبل نكاح سيدها إياها. يقول الشيخ بهرام: لا خلاف أن الرقيق لا يُورث، وهذه البنت المتوفاة رقيق باقية على الرق إلى موتها فلا تُورث ويستغل سيدها وهو زوج أمها المبتلة بجميع مالها يستحقه بالملك لا بالإرث .

(1) القرآن : النور .33.

وجواب الحاج سالم بأن سيدها يستحقّ النصف دلّ على أن النصف الآخر لزوجها يرثه بسبب النكاح وهذا خطأ. وعطفي عليه بمقتضى ما في المختصر من حيث ما فسّره به بهرام بقوله: لا خلاف أن الرقيق لا يورث توهمت منه مثل ما توهمه الحاج سالم وهو أن نفى الموروثة عن الرقيق أنها موروثة النسب لا موروثة النكاح ولتوهم حمل الموروثة المنفية على موروثة النسب لم يجعل للأم شيئاً مع أنها مبتلة ووطء سيدها إياها بالتزويج كما قاله السائل ولا يجوز له أن يتزوجها حتى يبتل عتقها إجماعاً. بخلاف ما لو تسراها أي وطئها بالملك فإنها مع التسري والولادة من سيدها تصير أم ولده، وفي كونها عند صيرورتها أمّ ولد تراث أو لا تراث في ابنتها الاضطراب المذكور في المقدمة الأولى. هذا من حيث النظر فيها بالوارثية. وأما من حيث النظر في ذات ابنتها بالموروثة فهي رقيق لا تورث كما مرّ. وقد يُستدل لما أجاب به الحاج سالم من إثبات موروثة النكاح ولما توهمته أنا من حمل المورثية المنفية على موروثة النسب فقط وأن الموروثة بجهة النكاح وسببه غير داخلة في النفي بما وقع في كلام المتقدمين والمتأخرين في باب الفرائض، حيث تكلموا على فرض الزوج النصف في عدم الولد والربع مع وجوده وأطلقوه. فلفظ الزوج مصحوباً بأل ولم يقيد أحدٌ منهم بزواج الحرة. وكذلك وقع في آية المواريث ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾⁽¹⁾ الآية فلفظ أزواجكم جمعٌ أضيف. والقاعدة الأصولية أن «الجمع المعرف باللام أو الإضافة يقتضي العموم في الأشخاص» فيتناول بعمومه أزواج الحرائر وأزواج الإماء. فإن وجد نقل صريح ينفي موروثة النكاح عن الرقيق المتوفاة فليُصَفْ إلى هذا الموضع، وإن لم يوجد نص بذلك فظاهره الإطلاق والعموم يقتضي صحة ما أجاب.

(1) القرآن : النساء 12 .

ثم بعد وجود النقل الصريح بما ذكر فلي العذر في موافقتي إياه بالعطف عليه عملا بما قرره القاضي عياض - رحمه الله تعالى - في تنبيهاته مقتصرًا عليه كأنه المذهب أن من تبع غيره في كلام متعقب فهو بمنجاة من التعقب والمتعقب خاص بالأول المتبوع. ونقله الشيخ ابن عرفة - رحمه الله تعالى - في بحث الشيخين من تاسعة ديكاته مستدلا به لابن الحاجب على ابن عبد السلام. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

الحمد لله، سألني ساسي بن جمعة الجبالي للعباد الجلاصي المذكور بعدُ أو آخر رجب المذكور عن نسخة رسم وسؤال. نص النسخة بعد افتتاحه: يعرف شهوده محمد بن بالليل المسراتي اليحياوي معرفة صحيحة تامة ويشهدون بوفاته، وأحاط بميراثه في علمهم زوجه مباركة بنت إسماعيل المدلي وبناته منها عربية وبنانة، وعصبه شقيقه حمزة لا غير ثم توفيت [9 أ] بنانة المذكورة فورثها والدتها وشقيقتها وعصبها عمها حمزة شقيق والدها المذكور لا غيرهم، لا وارث لمن ذكرت وفاته عدا من ذكر في علم شهوده. ويشهدون مع ذلك بأن من مُخلف المتوفى المذكور حصان أشهب اللون ثني⁽¹⁾ السن مع ثلاثين رأسا من البقر. وأن جميع ذلك استقر تحت يد العابد بن عبد الجواد الجلاصي للورثة المذكورين. ولم يزل جميع ذلك قبله إلى الآن. وقيدوا بذلك شهادتهم هنا بتاريخ محرم الحرام عام ثلاثة وألف [1003 هـ / سبتمبر وأكتوبر 1594 م] ويتلوه أسماء الشهود ثم رسم العمل بالشهادة.

ونص السؤال هو بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأملكم من نسخة الوثيقة المقيدة أعلاه والحالة أن الشهود لم يعينوا تاريخ قبض العابد المذكور لذلك ولم يعينوا قبضه أيضا، وإنما شهدوا شهادة مجملة من غير معاينة قبض المشهود عليه ولا تاريخ القبض كما تدونّه أعلاه. فهل

(1) الثني: هو الحيوان الذي عمره ستان اثنتان.

الشهادة المذكورة على الوجه المذكور أعلاه صحيحة عاملة ويُقضى بها والحالة ما ذكر، أو هي غير عاملة ولا يقضى بها؟ والسلام.

فأجبتُ بما نصّه بعد افتتاحه: تصفحتُ النسخة والسؤال المسطورين أعلاه. وإذا كان الأمر كما ذكر فالوثيقة المذكورة غير عاملة ولا يُقضى بها لاشتمالها على البتّ في النفي. وقد وقع لمالك وابن القاسم - رضي الله تعالى عنهما - بطلان الشهادة بذلك. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، الواقع لمالك - رضي الله تعالى عنه - وقع في آخر عايرتها ونصّه: وإن شهدوا على البتّ أنه ما باع ولا وهب ولا تصدّق كانت شهادتهم زورًا. الشيخ ابن ناجي في سادسة عارية كبيره: هي من قول مالك، قال ابن يونس: يعني كذبًا لا يسلك بها مسلك شهادة الزور في العقوبة وردّ الشهادة أبدًا، إنما يسقط في هذا فقط. انتهى موضع الحاجة منه. والواقع لابن القاسم - رضي الله تعالى عنه - وقع في آخر شهادتها ونصّه: وقد قامت له بينة أنه ابن فلان لم يستحقّ ميراثه حتى يقولوا لا نعلم وارثا غيره. الشيخ ابن ناجي في الورقة 38 من شهادات كبيره ما نصه: هي من قول ابن القاسم. المغربي: هذا الشرط حجة لاحتمال أن يكون له وارث غير هذا، ولو قالوا: لا نعلم له وارثًا غيره بهذا البلد لم تنفعه الشهادة. ابن ناجي: وما ذكر في الكتاب هو المشهور ولو شهدوا على البتّ كانت زورًا، وهو المشهور أيضًا. اعرف بقيته هنالك واعرف الورقة 57 من الجزء السادس والورقة 104 من السابع والورقة 160 من وثائق الشيخ الفشتالي وأول الباب 45 من التبصرة وآخر الباب 41 منها، وفي فصل الشهادة في الوراثة في الفصل الثامن من قسم البيّنات في الورقة 96.

ومنه ما في الوثيقة المذكورة قادحان آخران أُضربتُ عنهما اكتفاء بما ذكرته. الأول، خلوها عن ذكر تاريخ الاستقرار تحت يد العابد. ففي

وثائق الغرناطي لا بد للشهيد أن يؤرخ شهادته إلا في موضعين أحدهما ما أشهد به القضاة والحكام في تسجيلهم، والثاني إشهاد الشهود على شهادتهم على خلاف فيها، ونقله في آخر الباب 33 من التبصرة مسلماً بعد في التعرض إليه [9 ب] مقتصراً عليه كأنه المذهب. واعرف الورقة 120 من الجزء الرابع والورقة 103 من الثاني.

ومن الدليل على أن ذكر التاريخ لا بد منه وجوب الإعذار إلى المشهود عليه ليُهتدى بالتاريخ إلى ما يُقبل من هذه الوثيقة أو معارضها عند إبداء المعارض وقت الإعذار إلى الخصم فيها على ما وقع في الورقة 12 من العتق وتوابعه من البرزلي عن وثائق الغرناطي من تمام وثيقة الموت والوراثة والملك أن يحدّ الشهود مدةً ملكه للأملاك فيها فربما قام قائم بوثيقة أخرى بالملك فيُهتدى بالتاريخ إلى معرفة الأقدم في ذلك انتهى. واعرف الورقة 182 من الجزء الرابع.

والفادح الثاني هو شهادتهم بأن تحت يده وقبلكه من غير ذكرهم إقراره ولا حضورهم له، فقد وقع في بحث شهادة الاسترعاء في إذن المالك في الورقة السابعة من أفضية وثائق الشيخ أبي عبد الله الفشتالي ما نصه: يشهدون على المالك أنه أذن له يعني إنشاءً، أو أنه أقرّ عندهم أنه أذن له، أو أنهم يعرفونه في حانوت يتّجر فيه بمعرفة مولاه فلان لا يغير ذلك ولا ينكره. ولا يُقبل منهم قولهم نعرفه مأذونا له دون أن يستندوا إلى الوجه الذي عرفوه به مأذونا له. وكذلك يجب في جميع الأشياء من دين أو غيره فلا بد من ذكر الحضور لذلك أو الإقرار به. ثم قال: فيجب على القاضي أن يكشفهم عن وجه علمهم بما به شهدوا، انتهى.

قلت: قوله عن وجه علمهم، يقتضي أن الشهادة التي ذُكر أنها غير عاملة وقعت على العلم، وأنها إنما خلت عن ذكر سند العلم فلا بد من

ذكره. أما حضورهم إليه أو إقرار المشهود عليه به، وحينئذ فما بالك بالشهادة النازلة وهي قد خلت عن ذكر العلم وعن ذكر سنده معاً، فتكون أخرى بعدم القبول، فاعرفه. لا يقال قد وقع في فصل الشهادة في الاستحقاق في الورقة 76 من التبصرة ما نصه: مسألة، ومن ادعى على رجل دابةً أو عبداً فأنكر الآخر أن يكون ذلك عنده فأتى الطالب بالبينة أن المطلوب أقرّ أن بيده دابة أو عبداً بصفة كذا وكذا كالصفة التي ادعى الطالب. قال سحنون: أن يشهدوا أن دابة فلان أو عبد فلان عند فلان فقد تمت الشهادة، وإن قالوا: إن في يديه الصفة التي يدعي فليس هذا بشيء، انتهى. فظاهر هذا يقتضي قبول الشهادة بأن تحت يده دابة فلان ولم يذكروا إقراراً ولا علماً كما وقع في الوثيقة في هذه النازلة، لأننا نقول الجواب عن ذلك من وجهين:

الأول، أن جواب سحنون مبني على جواب السائل، وسؤال السائل الشهادة فيه وقعت على الإقرار المطلوب بالصفة المدّعاة. فأجاب بأن الشهادة أنّ في يديه الصفة ليست بشيء، وتمام الشهادة بأن الموصوف الذي لفلان الطالب هو عند فلان المطلوب. فمعنى جوابه أن الشهادة على الإقرار فيها أي في الشهادة أن في يديه الصفة، والشهادة بأن الموصوف الذي لفلان الطالب هو عند فلان، فلا بد من مراعاة وقوع الإقرار في النوعين، النوع الذي ليس بشيء، والنوع الثاني بأن لفظ الإقرار وقع في السؤال الذي سئل عنه. ووجه كون [10 أ] النوع الأول ليس بشيء أنها شهادة على إقراره بصفة أنها عنده والصفة أفرادها متعدّدة لا تنحصر في صفة يدعيها الطالب حتى تضيف البينة موصوفها للطالب بأن تقول عبد فلان أو دابة فلان.

والوجه الثاني من وجهي جواب الأفراد أن جواب سحنون لم يصرّح فيه بإقرار كما صرّح به في السؤال فكان مجملاً في ذلك. وكلام الشيخ

الفشتالي مفسر. والقاعدة أن «المفسر يقضي على المجمل». وقد وقع في التبصرة قبل مسألة سحنون في أول فصل الشهادة في المعاملات عن معين الحكام. عن ابن حارث ما يردّ حمل كلام سحنون على ظاهر إطلاقه ويردّه إلى موافقة كلام الفشتالي. وكذلك وقع في باب من قام بحق على ميتٍ أو غائب من أفضية مختصر النهاية.....⁽¹⁾

الحمد لله هذا بقية سؤال لم يُوجد أوله:

.....الصغير السن الآن وهو المسماة باسمه المداينة المذكورة لكونه في كفالته وتحت إيالته وعمر في حق نفسه على أن أسقط عمر حقه في الصرف المدفوع عن العشرين كرونة وأهمل المحاسبة بها وذلك عن دعوى الربح المذكور. إلاّ أنهما اختلفا في بقية قليلة بقيت من مصارفتها ادعاها الحاج قاسم وأنكرها عمر ورجعا الآن فيها إلى ما يقوله الشيخ الخطيب الآن بالقيروان أبو محمد العابد بن عامر فما يقوله من ثبوتها أو نفيها فقد رضيا به والتزما حكمه، وكان الباقي حيثذ على المدين المذكور ثلاثين كرونة من الصفة. فعشرون منها التزم المدين بدفعها بانقضاء شهر رمضان التالي أشهر تاريخه، وعشر كرونات البقية يدفعها بالحلول. هذا موضع الحاجة منه وتاريخه أوائل شعبان عام 933 [هـ / أواخر جويلية 1585م] فتيين أن مدة حبس عمر الكرائن بعد حلول أجلها عامان اثنان وسبعة أشهر.

وقد اعترض الفقيه محمد قشور فكتب بخطه أن في هذا الإشهاد لزوم ربح المحبوس وترك بعض المال المقبوض لذلك وتأجيله هذا لفظ اعتراضه ثم وشى به مع غيره من نظرائه. وأراد بهذا الاعتراض ما نقل عن من شبهه وهو أن هذا الإشهاد تضمن ربكاً الجاهلية، وهو تأخير من له دين لمدينه على أن يزيده المدين فيه.

(1) بياض بمقدار خمسة أسطر في الأصل.

فقوله: في هذا الإشهاد لزوم ربح المال المحبوس أراد بالمال المحبوس الكرائن الدين. وقوله: وترك لفظ المال المقبوض لذلك، أراد بالمال المقبوض العشرين كرونة التي قبض الوكيل صفّر التركي والدراهم المصارفة. وأراد بالبعض المتروك الدراهم المصارفة فقط لأنها هي التي ترك عمر عن ربح المال الكرائن التي حبس.

وقوله: لذلك، أي لأجل لزوم ربح المال المحبوس. والمعنى [10 ب] أن عمر ترك الدراهم التي قبض منه بو عاشور رب الدين لأجل ربح الكرائن التي حبسها عنه عمر التارك. واعرّف هذه العبارة فهي مقتضية في فهمه لأن التارك لأجل لزوم ربح المال المحبوس ويلزمه حينئذ أن لا يكون الإشهاد من ربا الجاهلية لأن ربا الجاهلية التارك فيه لأجل التأخير فصار كتبه ولفظه قد تدافعا. فاعرّفه فهو روح الرد عليه ما زعم أنه من ربا الجاهلية.

وقوله: وتأجيله إن أراد، عطفه على ترك فلا يستقيم لأن المتروك لا تأجيل فيه، فلم يبق إلا كأنه يقول ترك بعض المقبوض على تأجيل ما بقي. وهذا المعنى إن كان هو مراده فهو غير الواقع، لأن التارك لم يكن معلقا على تأجيل العشرين كرونة إذ ليس في الرسم المذكور ما يدل على تعلّق ذلك التارك على استيفاء تأجيل العشرين، وهو تأخيرها لا منظوقا ولا مفهوما والمقصود من الأمور القلبية التي لا يطلع إلا العليم بذات الصدور. وهو - أعني المعترض قد اعترف صريحا في لفظه الذي كتب، بأن التارك الذي لأجل الربح الذي عمر التارك على رب المال بحبسة ماله عنه هو حلول أجله. وإلى أصل ربا الجاهلية أشار في الرسالة بقوله إما أن يقضيه وإما أن يربي له فيه. وقال الشيخ ابن عمر في شرحه عليها: صورته أن يؤخره عن الأجل على أن يزيده يحمل تأخير رب الدين أي قصده إليه لازم من لوازم هذا الأصل، كما جعل تعليق التأخير على الزيادة لازما من لوازم الأجل المذكور أيضا.

والحالة في هذه النازلة أن كلا اللازمين غير موجود، لا تأخير الدين مدة العامين والسبعة الأشهر وقع من غير فعل رب الدين ومن غير اختياره بدليل أن جاءه إلى تونس للانتصاف منه برسول من عند الأمير. وإذا لم يوجد التأخير من رب الدين ولا اختياره فيه وهو معلق عليه فلا يوجد المعلق وهو الإعطاء لأجله تحكيماً لقاعدة التعليق، وهي سببية المعلق عليه. فإذا لم يوجد السبب لم يوجد مسببه. فتبين أن الإعطاء وهو في النازلة الترك إنما هو لأجل حبس المال لا لأجل التأخير. والمعترض قد صرح بذلك وجزم به في قوله: وترك بعض المال المقبوض لذلك، أي للزوم ربح المال المحبوس. وإذا بطل اللزمان المؤصل لزمهما من كلام الشيخ ابن عمر وهما التأخير من رب المال واختياره فيه الذي هو المعلق والإعطاء من المديان لأجله وهو المعلق عليه بطل ملزومهما وهو كون الترك المذكور من ربا الجاهلية. ولله در الإمام الفخر حيث قال:

أيا من حياتي نوع حسن وصاله ومن عيشتي ملزوم لازم حبه
أيوجد ملزوم ولا لازم له محال وقوع لم يحم جنسه به

أي ذلك محال أي وجود ملزوم ولا وجود لازمه. وإذا لم يكن الترك المذكور ربا الجاهلية لفقد لوازمه وخواصه فقد صار تركا عن ربح الحبس قطعاً وكما جزم به المعترض في قوله: وترك بعض المال المقبوض لذلك، وخطه شاهد عليه بذلك وأما تأخير العشرين كرونة لانقضاء بقية شهر التاريخ والشهر التالي له فهو تأخير [11 أ] + [11 ب] (1) [12 أ] لم يقترن بتعليق على زيادة وعلى ترك أصل لا منطوقاً ولا مفهوماً وإنما الترك الواقع فهو لأجل الربح المفوت بالحبس (2).

(1) ورقة أفتحمت ضمن المخطوط عند تجليده في مكان الورقة 11 أ و ب وهذه الورقة لا تشتمل إلا على فهرسة مطموسة لكثير من مسائل هذا الكتاب بخط حديث غير خط ناسخ المخطوط.
(2) وردت الكلمة بالأصل: بالجسد، وإصلاحها مقترح.

فإن قلت: قد قدرّت خروج النازلة على أصل ربا الجاهلية لخلوّها عن القيدتين المذكورين وهما اللزمان اللذان اقتضاهما كلام الشيخ ابن عمر وإذا خرجت عن ذلك الأصل فبأي أصل تلحق؟ وأي باب تشملها فروعها بتناولها حكمه؟

قلتُ: هي من أصل ضمان ما فوت من ربح نقد على ربه. وفروع باب الغصب تشملها وحكمه يتناولها، والمعلوم في الباب المذكور أنّ من حبس نقداً عن ربه حتى فوت عليه ربحه ففي لزوم ضمان ربحه قولان. قال في الشامل: وهل يضمن ما فوتته من ربح نقد عن ربه قولان، انتهى. والقول بضمانه إياه مبني على القول بضمن المانع بتعطيل الأعيان أي الذوات وهو قول مطرف وعبد الملك وابن عبد الحكم وأصبع وابن حبيب. كما إذا غصب الدار فأغلقها أو الأرض فبورّها أو الدابة فأوقفها أو العبد فحبسه ولم يستعمله. وقد حكى الشيخ ابن الحاجب - رحمه الله تعالى - وغيره تصويب هذا القول. وحكى الشيخ ابن عبد السلام - رحمه الله تعالى - من حيث استدلاله بما نقل عن ابن سحنون، وعليه أيضاً درج في المختصر فعلم أن به الفتيا، والقول بعدم ضمان ما فوتته من ربح النقد المحبوس مبني على عدم ضمان المانع بتعطيل الذوات، وهو قول ابن القاسم - رضي الله تعالى عنه - وشهّر.

فقول المعترض في الإشهاد المذكور لزوم ربح المال المحبوس لا ضير فيه لأنه أحد القولين في الفرع وهو القول الأول الذي صدرتُ بذكره، واللزوم شرعي وهذا اللفظ من المعترض كان مناقضاً لما نقل عنه أن الإشهاد من أصل ربا الجاهلية وقد مرّ بطلانه.

وقوله: وترك بعض المال المقبوض لذلك، البعض المقبوض هو الدراهم مصارفة على العشرين كرونة لأنها هي المتروكة عن ربح المال المحبوس،

وتركها إنما كان لذلك أي لأجل لزوم ربح المال المحبوس وهذا صحيح لا حرج فيه لأنه ترك عن لازم، ففي القول الأصوب وبه الفتوى ودرج عليه في المختصر ورضي به المشهودان معا عن تفويت الربح، وهذا من المعترض اعتراف بأن الترك المذكور إنما هو للزوم ربح المال المحبوس لا للتأخير الذي هو لازم من لوازم ربا الجاهلية. فقد رجح عن قوله إن النازلة من أصل ربا الجاهلية فلمثل هذا الموضوع قد قيل «أقر الخصم وارفع النزاع». وقد اعترض الفقيه العابد بن عامر الوسلاتي خطيب القيروان كان إذا خط سؤالا بخطه وجوابا عنه تحت الرسم المذكور نصّ السؤال بعد افتتاحه. تأملوا رسم الصلح المذكور فإن الحاج أبا عاشور المذكور طالب عمر المذكور بأداء طالع دين معتقه المذكور مدة كونه في ذمته بعد حلول أجله مثل ما كانت تفعله الجاهلية إما أن تقتضي ديني وإما أن تُرَبِّي لي فيه. فامتنع المدين من ذلك وذكر له أنه حرام لا يحلّ. واستعان عليه بغيره على أن يرفع عنه الدعوى المذكورة فأبى بعد أن أعلم بحرمته. ثم سار إلى تونس وأرسل إلى المدين من أزعجه من القيروان إليها ولم يزل على دعواه وخوف عقاب الله فلم يرجع، فأل الأمر إلى أن صالحه على إسقاط دعواه المذكورة على أن أسقط عنه عمر الثمانين ديناراً نواصر التي مصارفة العشرين كرونة ورفع عنه الدعوى بها حذراً من تفاقم الأمر وسأل أهل [12ب] العلم أُرخصوا في ذلك وقالوا له: الصلح باطل وترجع عليه بما تركت له عن الدعوى المذكورة. وحيثئذ فهل ترك عمر الثمانين ديناراً صحيح تام لا رجوع له بها عليه لأنه صلح أدّى إلى حرام فهو باطل، «وكل صلح إذا أدى إلى حرام باطل» ويرجع عمر على الحاج قاسم بالثمانين ديناراً، والسلام.

ونص جوابه بعد افتتاحه: الصلح المذكور حرام باطل لا عمل عليه فلا تطيب الثمانون ديناراً المذكورة للحاج قاسم ولا لعبد الله معتقه

بالصلح المذكور وترك إلى ربها عمر المذكور ويحاسبه بها مما بقي عليه من المال المذكور، انتهى . وأقول: حامل الفقيه العابد على ما كتب في سؤاله وجوابه هو حامل من اعترض بمثل اعتراضه وهو عدم ملكية تحصيل النقول وفقد القوة المحصلة لمعرفة تطبيق الكل المسطور في الكتب على الجزء الواقع بين الخصوم . ولله درّ الشيخ ابن عبد السلام حيث قال: إنما الغرابة في استعمال كليات علم الفقه وتطبيقها على جزئيات الوقائع بين الناس وهو عسير على كثير من الناس . فالمعترض حيث حمل ربا الجاهلية الذي وقف عليه مسطوراً على هذه الجزئية النازلة وأدخلها تحت كليته كان على خطأ في التطبيق حملاً وإدخالاً، جهلاً منه بفروع ضمان ما فوت من ربح النقد على ربه بحبسه عنه، وهذا الفرع المذكور في باب الغصب . ويتبين سوء فهمه ونظره في التطبيق بيان بطلان الحكم الذي أفتى به وهو حرمة ترك الدراهم المذكورة عن ربح المال المحبوس للمطل . ثم بيان بطلان سنده الذي ذكره في سؤاله المذكور الذي كتبه بخطه .

أما بطلان الحكم الذي أفتى به فقد تقرر في كلام الشيخ ابن الحاجب - رحمه الله تعالى - وفي الشامل وغيرهما في تضمين الغاصب منفعة التبطيل قولان وهما ما فوته من المنافع وأنه لم يستغل الغلة ولم يستعمل الذات وإنما عطل فقط، كخلقه الدار وتبويره الأرض ووقفه الدابة وترك استعمال العبد . فقيل: لا ضمان عليه في المنفعة المعطلة، وهو قول ابن القاسم وشهر، وقيل: عليه ضمانه وهو قول مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ وابن حبيب وصوبه الأشياخ وعليه درج في المختصر فدلّ على أنه به الفتوى .

قال الشيخ ابن عبد السلام - رحمه الله تعالى - وعليه قال بعض الشيوخ: لو غصب دنائير فأنفقها أو حبسها فلم يتجرّ بها فلم يضمن

الربح ولكن يضمن لصاحب الدينانير مقدار ما كان يربح فيها صاحبها لو
اتَّجَرَ بها، انتهى. وإليه أشار في الشامل بقوله: وهل يضمن ما فوّته من
ربح نقد على ربه قولان، انتهى.

فإن قلت: قد جعلت هذه النازلة وضمان عمر للربح فيها من فروع
هذا الأصل وهو ضمان منفعة التعطيل الذي ذكره الأشياخ في باب
الغصب ومرفوع تفويت ربح النقد على ربه وإنما يتم لك ما جعلت
بتحقق معنى الغصب في حبس المال المذكور عن ربه بعد حلول أجله
وظلم حابسه في حبسه إياه عنه.

قلت: نعم أما وضع يد المديان على مال المدين بعد حلول أجله
مدة العامين وسبعة أشهر فيبين أن لا حق له في ذلك الوضع، وإذا كان
لا حق له فيه صار وضع يده عليه عداءً، وقد قال الشيخ ابن عبد السلام
في هذا الفرع: الغصب وضع اليد العادية على مال الغير، انتهى. وفي
نوازل سحنون: مَطَّلُ الغني جرحة لقول النبي - صلى الله عليه وسلم
تسليماً- (مطل الغني ظلم) وقد فسروا الغني بالمليّ فظهر بهذا معنى
الغصب والظلم. ومذهب مالك - وهو الصحيح - حمل الناس على
الملاء حتى يثبت العدم. قاله في سادسة المديان وتوابعه من البرزلي
ووقع في [13 أ] الورقة 21 من النكاح الثاني من كبير الشيخ المغربي:
المشهور من المذهب أن الناس محمولون على الملاء إذا أشكلت
أحوالهم، انتهى. فقد ظهر بهذا التقدير معنى الغصب والظلم في حبس
المدين المال المذكور عن ربه حتى اضطر إلى أن طلب من الأمير
رسولاً أرسله لإزعاج ظالمه المدين إلى تونس للإنصاف منه وذلك
بسبب مطله ومنعه الذي هو فيه ظالم غاصب. وفي الحديث (على اليد
ما أخذت حتى ترده) وفي التنزيل ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁽¹⁾

(1) القرآن: المائدة 1.

قال الشيخ أبو الطاهر بن بشير: هذه الآية تدل على وجوب الوفاء بما عقده الإنسان على نفسه.

قلت: وبعد تقرّر القولين في ضمان ربح المال المحبوس عن ربه ظلماً، وتقرر أن القول بالضمان منهُما صُوبٌ مبناه وبه الفتوى ودرج عليه في المختصر وتقرر أن حبسه في النازلة المذكورة غصبٌ وظلم وتقرر حمل حابسه وهو المدين على الملاء ليتحقق ظلمه بحبسه وتفويته تعيّن أنه لا يقول إن متعلق هذا اللزوم حرام إلا جهول بل لو قيل بعقوبة هذا القائل بحرمة ما بعد لأن في تحريم هذا اللزوم تقوُّلاً على الشارع إما بمجرد الهوى وإما بالتهاون والاستخفاف بمعاقد الشرع. وقد وقع في الحديث (أجرؤكم على الفتوى أجرؤكم على النار)⁽¹⁾. وقال ابن ظفر: إياكم والأخذ عن من يسرع بالأجوبة عن المسائل. قال الشيخ البرزلي: يريد لأن الغالب عليه الخطأ. وقد دخل رجل على ربيعة بن أبي عبد الرحمن فوجده يبكي فارتاع لبكائه فقال له: ما يبكيك أمصيبة دخلت عليك؟ قال: لا ولكن ظهر في الإسلام أمر عظيم. قال: قلت ما هو؟ قال: استُفْتِيَ من لا علم له. ثم قال ربيعة: ولَبَعْضُ مَنْ يُفْتِي هَاهُنَا أَحَقُّ بِسَجْنٍ مِنَ السَّرَاقِ، انتهى.

قلت: ولو قلنا بالقول المشهور وهو مبني على عدم ضمان ما فوّته المدين من الربح فبذله منه الحق فيه لأدمي، وهو في النازلة عمر المدين وهو قد ترك الدراهم عن ذلك طيبةً بها نفسه لا بحكم حاكم فلزم. وقول الفقيه العابد في سؤاله الذي كتب⁽²⁾.

الحمد لله، في سابعة الصدقات والهبات من مختصر النهاية ما نصه: مسألة في العتبية عن ابن القاسم في ورثة قام أحدهم فادعى صدقة عليه

(1) ورد هذا الحديث تاماً بهامش الورقة.

(2) بياض في المخطوط مقدار خمسة أسطر. وبذلك تكون هذه النازلة متقوضة الأول مقطوعة الآخر.

من أبيه وشهد له شاهد بالحوز فوقف له القاضي الصدقة حتى يأتي بشاهد آخر فلم يأت بشيء فحكم القاضي بفسخ ذلك على الورثة ففسخ . ثم وجد المدعي شاهداً آخر فقال : يرجع المدعي في ما كان حاضراً من الصدقة فيأخذه وما يبيع أخذه بالثمن ويتبع هو الورثة بالثمن ، بمنزلة من شهد له عدلان أنه مات ثم أنه بعد ذلك وقد كان شبه عليها فقد قال مالك في مثل هذا⁽¹⁾ .

ثم أدرج مسألة تعجيز الطالب والحكم عليه وما فيها من الخلاف المعلوم في باب الأقضية وفي باب دعوى النكاح من الزوج على المرأة . وفي الخامسة عليه في نسخة أحيينا الفقيه الحاج سالم [13 ب] النفاتي عند قوله فحكم القاضي بفسخ ذلك ما نصه . سئل الشيخ أبو عبد الله محمد الصدفي مفتي القيروان⁽²⁾ - رحمه الله تعالى - عن تحوز بالشاهد الواحد واليمين هل يصح أم لا؟ بعد أن ذكر له في السؤال ما في السماع من عدم إعماله . فأجاب : الحوز يصح بالشاهد واليمين ، وبذلك الحكم وهو مقتضى مشهور مذهب مالك - رحمه الله تعالى - وما في السماع إنما يُحمل على الشاهد . والله تعالى أعلم .

قلت : قوله وهو مقتضى مشهور مذهب مالك يعني في إعمال الشاهد الواحد واليمين في ما يؤول إلى المال ويكون في الأحباس ونحوها يؤول إلى المال . وإن لم يكن مالاً في الحال كالشفعة والخيار ونحوهما من حقوق المال الآيلة إلى المال .

اعرف الباب⁽³⁾ من تبصرة ابن فرحون ، واعرف أوائل الجزء الثاني من كتاب الأجوبة لي والخامسة والعشرين منه ففيها الكفاية . والله تعالى أعلم .

(1) كذا وردت الجملة مضطربة بالأصل ولم يرد فيها مقول القول .

(2) بالهامش تعليق نصه : يعني في الدولة العثمانية ، وهو شيخ سيدي عبد اللطيف القلجاني .

(3) يباض بمقدار كلمتين بالأصل .

هذا بقية جواب لم يوجد أوله (1):

...الوجه هو السلامة من التفليس بالحكم ومن قيام الغرماء الذين أحاط دينهم بمال الغريم ولو لم يحكم القاضي بفلسه . وأما هذا الموضوع فإحاطة الدين بمال الواهب مانعة من الحيابة فقيام الوجه إذن هنا هو السلامة من الدين المحيط .

وقال ابن عرفة إحاطة الدين بماله قبل العطية اتفاقا ، وفي كون إحاطة الدين بعدها وقبل حوزها كذلك وصح حوزها حيثئذ نقل الباجي عن الأخوين وأصبح قائلا : بناء على اعتبار يوم الحوز أو العقد . وقوله : ولا قيمة ، يرجع للمسائل الثلاثة ، انتهى من ابن غازي .

قلت : قوله وزاد في التوضيح مع دار السكنى ثوب لباسه هو مقصود بقول حبس مختصر النهاية .

فرع ، ومذهب مالك أنّ ما يكون من حبس أو صدقة أو هبة في الصحة لا تتم إلا أن يُجَاز في صحة معطيه وجواز أمره ولا ينتفع بذكر الحيابة في العقد حتى تعين البيئة الحوز ، فإن كان الواقف ساكنا في الدار لم تتم حيازتها إلا بأن يخليها وينتقل عنها ويعاينها الشهود خالية ، وكذلك ما يلبسه من الثياب ثم يتصدق به أو يحبسه على بنيه فإنه لا تتم الحيابة فيه إلا بأن يخلعه ولا يلبسه ، انتهى . ثم قال : مسألة ، وقد كان في ولاية الواقف من ولد صغير وابنة بالغة وإن دخل بها زوجها ما لم يخرج من حدّ الولاية فإن إسهاد الأب على الصدقة والحبس لهما يغني عن الحيابة إلا في الملبوس والمسكون كما تقدم ، انتهى .

الحمد لله ، سألتني الكاتب رجب لعبد الله الطواحني القروي في يوم الجمعة رابع شعبان عام 1008 [هـ / 20 فيفري 1600 م] عن سؤال

(2) بياض بمقدار خمسة أسطر سابقة لهذا العنوان .

وجواب وقت جاء من القيروان وصاحبها مبارك بن عبد المولى العبيدي ومع السؤال والجواب أسئلة وأجوبة صدر بها في ورقة الاستفتاء لكن ألغيت عما صدر [14أ] به اكتفاء بما ذكره لأن السؤال بمعنى الأسئلة المصدر بها والأجوبة لا طائل تحتها فاقترصت هنا على ذكر سؤال وجواب .

نص السؤال بعد افتتاحه : جوابكم عن مسألة رجل دخل بين أخوين بالصلح في مخلفات عن أمهما، أحد الأخوين يطلب الآخر فعينوا الدعاوى وعينوا لها قدرًا من الصلح، فامتنع الطالب من الموافقة على ما عينوه له، فحلف الرجل المتوسط بينهما للطالب بيمين الطلاق الثلاث على أن أخاك ما يزيدك فوق هذا القدر شيئًا، فوقع الانفصال على غير شيء لأجل اليمين المذكورة. ثم في زمن آخر وقع بينهما ترافع آخر في ذلك وانبرم بين الأخوين صلح من غير محضر الطالب وفيه زيادة على قدر المحلوف عليه وسمع الحالف فلامهما على ذلك فذكر أحد الأخوين وهو المطلوب منهما الذي وقعت منه الزيادة أنه ما زاد على ذلك إلا على دعاوى آخر زادها أخوه الطالب المدعي أولاً. فهل يكون على الرجل الحالف حنث أو لا حنث عليه لأجل ما قال الأخ المعطي وهو الزيادة وقعت على دعاوى آخر لم تذكر في المجلس الأول؟ والسلام.

ونص الجواب: الحمد لله، إذا كان الأمر كما ذكر في السؤال فلا حنث على الحالف المذكور لأن بساط يمينه وهو السبب الحامل له على اليمين هو كونه على يديه لأن الإنسان يحب إنتاج الفعل الواقع على يديه وانبرامه ويظهر المنة على المتصالحين بقطع الخصومة عنهما، فحلف اليمين المذكورة استعظاماً لها لعلهما يهابانها ويمثلان أمره. فلولا أنه كان واسطة ما حلف، فبساط يمينه الحامل له على اليمين.

توسطه بينهما، فكأنه قال: الصلح الواقع على يدي لا يكون إلا بهذا المقدار لا أنه نفي الزيادة مطلقاً.

قال ابن عبد السلام: البساط هو السبب المثير لليمين وليس هذا انتقالاً عن النية إنما هو النية والوصف الذي تنضبط به في الغالب، فهو تحريم على حصول النية، حتى أنه لو تذكّر الحالف بعد ذلك النية وجده مناسباً لها. وإذا كان لليمين بساط فيُحمل على مقتضاه من برّ أو حنث، قاله ابن رشد - رحمه الله تعالى - ومقتضاه في هذه النازلة عدم الحنث لأن سبب إثارة اليمين كونه واسطة فيه فلا يكون صلحه بأكثر. وأما صلح غيره فلم يحلف عليه ولذا جاء مستفتياً فظهر بهذا أنه لا حنث عليه وأحرى إذا زاد المصالح. وهذا العقد الثاني بأن زيادة المصالح به نابعة لزيادة المصالح عليه فهذا عقد آخر. والأول لم ينبرم فهذا إن ثبت فهو أحرى في عدم الحنث. والله تعالى أعلم. وكتبه أحمد بن محمد ابن أحمد المسراتي.

فأجبتُ بما نصه: الحمد لله، لفظ اليمين عام فيتناول أفراد الزيادة كيف تكون وعلى يدي من تكون ولو... (1) إياهما على عقدهما صلحاً بالزيادة فوق ما حلف عليه من منة في قصده العموم بيمينه عند من أنصف، واليمين على فعل غيره كهي على فعل نفسه في هذه النازلة. فإن لم تكن على يمينه بينة ونوى إخراج ما يكون على يدي غيره. أو نوى إخراج وقت ومجلس آخر، أو نوى إخراج ما يكون على دعاوى مخصوصة فتتبعت هذه النية إذا لم تكن على يمينه بينة بعد حلفه في مقطع الحق أنه أراد ما ادعى أنه نواه. قاله الشيخ أبو الطاهر ومال إليه [14 ب] الشيخ ابن عبد السلام لقوله: الأقرب توجهها احتياطاً لحق الله تعالى، وأفتى به الشيخ أبو القاسم أحمد الغبريني والشيخ ابن

(1) كلمة غير مقروءة بالأصل.

عرفة ولم يذكره في المختصر ولعله اعتمادا على ما في البيان . وأما لو لم ينو الإخراج وإنما نوى بلفظ يمينه ما يكون على يديّ أو نوى هذا الوقت أو المجلس وإنما هي مؤكدة للفظ في بعض مدلوله فلا تُنافيه وشرط التخصيص المنافاة فلا تفيده في حلّ يمينه ، وما قاله الشيخ شهاب الدين ومن على قدمه وخلاف لإطلاق ذكر ذلك في الفروق وفي كتاب الأحكام وفي شرح مختصر المحصول . وعزاه الشيخ الحطّاب للذخيرة ولكتاب لباب اللباب ولقواعد الشيخ المغربي : وزيادة المدعي على دعاوى كانت عنها الزيادة في هذا الصلح لا ترفع الحنث عن الحالف لأن الحنث يُحتاط له ، لأنه يدخل بأقل الوجوه والبساط شرط أن تقوم عليه بيّنة وأن يحلف على وفقه والنية مقدمة عليه في مسائل الاستفتاء وغيرها بخلافها . والله تعالى أعلم ، وبه التوفيق .

تذييل ، قولي : وهو على فعل غيره كهي على فعل نفسه ، ضمير هي في الموضوعين عائد على اليمين والتقييد بهذه النازلة إشارة إلى اليمين إذا كانت على برّ لقول المختصر : وإن حلف على فعل غيره ففي البر كنفسه ، وهذه اليمين على برّ لأن يمين البرّ هي : لا فعلتُ هذا وإن فعلتُ هذا ، وإن نافية ، فضابطه أن تكون اليمين على نفي ، ويمين الحنث لأفعلن وإن لم أفعل . واعرف الحلف على فعل غيره كهو على فعل نفسه في يمين البر في الورقة 79 من السابع موعبة .

وقولي : فإن لم يكن على يمينه بيّنة ونوى إخراج إلى آخر الأنواع الثلاثة المخرجات . اعرف ما في الورقة 15 من طلاق البرزلي حيث ذكر تخصيص عموم اليمين بوصف أو بزمان ما . وفي ثانية طلاقه تخصيص عمومه السياق أو بالإشارة . واعرف سادسة أيمان البرزلي ، واعرف أوائل محرم عام 1003 [هـ/ أواسط سبتمبر 1594 م] .

وقولي: بعد حلفه في مقطع الحق إلى آخره استوفى النقل عن ابن بشير وابن عبد السلام والبيان للشيخ الحطاب في قول المختصر: وَخُصِّصَتْ نِيَّةُ الْحَالِفِ وَقِيَّدَتْ إِنْ نَافَتْ وَسَاوَتْ. وفتوى الشيخ الغبريني نقلها الشيخ البرزلي في الورقة 14 من طلاقه. وفتوى الشيخ ابن عرفة نقلها أيضا البرزلي في ثانية طلاقه.

قولي: وأما لو لم يُنَوِّ الإخراج وإنما نوى بلفظ يمينه ما يكون على يدي، أي بأن ينوي بقوله ما يزيدك فوق هذا شيئا، أي على يدي أو ما يزيدك في هذا الزمان، أو ما يزيدك في هذه الدعاوى التي سميت. وهذه النية غير مفيدة في حل اليمين على الحالف المذكور لكون هذه النية مؤكدة للفظ اليمين في بعض مدلوله فيؤاخذ باليمين في هذه المنويات المذكورة لخلو النية فيها عن الإخراج. وسبب مؤاخذته فيها باللفظ العام والنية المذكورة له فيها غير المنافية لذلك اللفظ العام، ويؤاخذ باللفظ الآخر الذي لم ينوّه وهو ما كان على يد الغير وما كان في زمان آخر وما كان من دعاوى أُخِرَ باللفظ العام الخلي عن معارضة النية. هكذا أصّله الشيخ شهاب الدين - رحمه الله تعالى - . اعرف كلامه المنقول في كتبه الثلاثة في الورقة 168 من السادس وأواخر ربيع الآخر عام 1003 [هـ / أوائل جانفي 1595 م] وتكلم على هذه النية المذكورة والنية المخصصة في القاعدة الثانية من قواعد العموم والخصوص في الورقة 54 من ترتيب القواعد بما يوافق كلام الشيخ شهاب الدين وعزو الشيخ الحطاب للذخيرة وكتاب [15 أ] باب اللباب ولقواعد الشيخ المغربي. ووقع شرح المختصر في قول المتن: وَخُصِّصَتْ نِيَّةُ الْحَالِفِ الخ في باب الأيمان والندور منه.

قولي: وزيادة المدعي دعاوى كانت عنها الزيادة في هذا الصلح لا ترفع الحنث عن الحالف لأن الحنث يُحتاط له لأنه يدخل بأقل الوجوه.

هذا مبني على أن الوصف المنتقل إليه هل يتنزل منزلة الوصف المنتقل عنه أم لا؟ ويشهد لكونه يتنزلها منزلة فرع الدار المهدمة في رابعة الأيمان والندور من المدونة: وإن حلف لا يدخل هذه الدار فهُدمت أو خربت حتى صارت طريقاً فدخلها لم يحدث. فإن بُنيت بعد ذلك فلا يدخلها، انتهى موضع الشاهد. قوله: فإن بُنيت بعد ذلك فلا يدخلها. ووجه تنزيل الوصف المنتقل إليه وهو بناؤها بناءً جديداً غير البناء الأول يتنزل منزلة الأول في إعطائه حكم الشيخ الطرابلسي قوله: فإن بُنيت بعد ذلك فلا يدخلها، يقوم منها أن من أسكن رجلاً داراً مدة فانهدمت كلها قبل انقضاء المدة⁽¹⁾.

الحمد لله، هذا جواب لم يوجد سؤاله:

فأجبت بما نصّه بعد افتتاحه: تأملتُ المضمونين المذكورين أعلاه وعلمتُ مقتضى السؤال، وإذا كان الأمر كما ذكر فاعلم أن الحوز الثلاثة الأشهر المذكورة غير كافٍ في صحة الحبس المذكور، ولو أعملنا القول بالاكْتفاء بها اعتباراً عن الكبير الرشيد الحائز لنفسه لعكّر علينا من جهة الصغار فيبطل. لأن الحبس على الكبير الرشيد الحائز لنفسه إنما تنفع في صحة حيازة العام قاله القاضي ابن رشد - رحمه الله تعالى - . وأما على الصغار فمتى رجع المحبس لسكناه ولو بعد عام فإن الحبس يبطل، صرح به في كتاب بلوغ الأمانة عن القاضي ابن رشد. وعلى هذا فلا بدّ من استئناف الحوز المصحح للحبس في النازلة في ما سوى بيت الإسكان، وذهاب عقل المحبس مانع من ذلك فالحوز في حال اختبال العقل باطل حسبما وقع لابن القاسم - رحمه الله تعالى - في سماع عيسى وسماع أصبغ.

(1) هنا ينقطع نص النازلة السابقة وكذلك أول النازلة الموالية، مع بياض في المخطوط بما قدره سطران.

وقال الشيخ أبو الوليد الباجي: يريد تكون موقوفة فإن برئ فهو صدقة وإن اتصل ذلك بموته بطلت. قال القاضي ابن رشد - رحمه الله تعالى - : ذهاب العقل كالمريض، فرجوعه كالصحة. قال الشيخ ابن عرفة: لم يحك ابن رشد والباجي خلافاً في ذلك. والإسكان لا يبطله التحبّيس كعكسه لكن إذا انقضت مدته بانقطاع العصمة وكانت قيمة البيت كقيمة ثلث جميع الدار فأقل، أنسحب عليها حكم التحبّيس وشملها عقده. هذا ظاهر المذهب لأن الإسكان الصادر من المحبس بمنزلة شاغل من شواغله هذا إن عاد عقله. (1) عنه الحوز المصحح وإن اتصل ذهابه إلى موته بطل كما بيناه. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

قولنا: ولو أعملنا القول بالاكْتفاء بها إلى آخره، أشرتُ بهذا إلى ما وقع في عاشره حبس نهاية التحصيل وهو كبير ابن ناجي - رحمه الله تعالى - قال مالك في مَنْ حبس حبساً فسكنه زماناً ثم خرج منه بعد ذلك فلا أراه إلا وقد أفسد [15 ب] حبسه وهو ميراث. وقال ابن القاسم: إن حيزَ عنه بعد ذلك في صحته حتى مات فهو نافذ. ابن ناجي: وعندي تفسيرٌ ولو حبس داراً أو غيرها أو وهبها فحيزَ ذلك عنه ثم رجعت إلى حوزة، فإن كان الحوز أقل من مضي عام بطلت اتفاقاً لأنها إذا رجعت إليه في أقل من عام فقريئة العرف تدلّ على أنه أراد بذلك التحيّل لإسقاط الحيّزة. وأما إن كان بعد مضي عام ففي البطلان قولان، فقال مالك وأكثر أصحابه: لا يبطل الحوز وبه العمل، وقال مطرف وابن الماجشون: يبطل، وهذا إذا كان المحبّس عليه يحوز بنفسه، وأما لو حبسها على صغار بنيه وحوز داره لرجل أجنبي فحازها لهم ثم رجع إليها الأب أبطلها باتفاق قاله. (2) حكاه الباجي وهو قصور

(1) كلمة غير مقروءة بالأصل.

(2) بياض بمقدار كلمة في الأصل.

لقول المتيطي: قال ابن القاسم وهو المشهور إن رجع المحبس للدار وسكنها بعد أن حيزتُ عنه المدة المعلومة فإنه لا يضره سواء كان المحبس عليه صغيراً أو كبيراً. وقال ابن المواز: إن كان صغيراً بطل. فذكره على طريق الشذوذ وكان شيخنا لا يعرف هذا، انتهى من ابن ناجي. قلت: وفي ما حكاه من المتيطي نظراً لما يأتي عن ابن رشد.

قولنا: لأن الحبس على الكبير الرشيد الحائز لنفسه إنما تنفع في صحة حيازته العام، قاله القاضي ابن رشد - رحمه الله تعالى - أشرتُ به إلى ما وقع في ثمانية حبس الحاوي لِمَا أن نقل عن الغرناطي أو كان وثيقة الحبس، ومنها معاينة الشهود لإخلائها عاما كاملاً إن كان ساكناً فيها. ذيل عليه ما نصه. قلت: في الإخلاء عاماً كاملاً في الحبس على الصغير ظاهره ولو رجع إليه بعد العام ومات فيه. والذي أحفظه في بيان ابن رشد أن المشهور أنه إذا مات فيه بطل، وإنما حيازة عام تنفع في الرشيد خاصة على المشهور، ثم رأيت في الطرر عن ابن رشد تعقب هذا الإطلاق على أهل الوثائق وكذلك ابن الحاج قال: قاله ابن المواز وهو صحيح، انتهى من البرزلي.

قلت: وفتتُ في الطرر في آخر وثيقة تحبب لمحمد بن أحمد - رحمه الله تعالى - ما يشبه ما نقله البرزلي عن ابن رشد ونصه: وعين قوله بعد مرور العام فهذا الحبس.....⁽¹⁾ إنما يصح لهذا إذا كانوا كباراً لأن يده قد ارتفعت عن ذلك بمرور العام. وأما إذا كانوا صغاراً فلا يصح هذا لأن الحبس يبطل بكون يده لم تُرفع عنه، من تعقب ابن رشد. وقد بين هذا أيضاً في رسم المتاع من كتاب الصدقات وفي آخر ترجمة وثيقة بحل حبس من الطرر أيضاً عن ابن رشد. قول ابن العطار: وقيل إنه يخليها عاماً إنما يصح هذا في الكبار وأما في

(1) كلمة غير مقروءة بالأصل.

الصغار فمتى سكن ولو بعد عام فإن الحبس يبطل وكذلك في كتاب ابن المواز - رحمه الله تعالى - . فقف على ذلك ، واعرف 168 من تذكير الغافل للشيخ الجدد - رحمه الله تعالى - .

قولنا : حسبما وقع لابن القاسم الخ ، نقله الشيخ ابن عرفة في خامسة هبته فاعرفه فيه ، واعرفها في 8 هبة الحاوي ونقلاً معاً قول سحنون وابن عبد الحكم أن ذهاب العقل كالصحيح ويقضى عليه بدفع الصدقة ، انتهى . قلت : وهذا في غاية الإشكال لفقد العقل وهو مناط الحكم والتكليف ، ولو كان قد جرى شرطه . وقول الشيخ أبي الوليد الباجي نقله الشيخ ابن ناجي في ثمانية هبات كبيره .

وقولنا : والإسكان لا يبطل التحسيس الخ ، لأن الإسكان أخرج منفعة البيت من ملك المُسكِن في الحال منه [16 أ] فيتسلط تحبيسه على ما يملكه وهو بقية الدار دون ما لا يملكه كمن تصرف في ما يملك ، فإنه ينفذ تصرفه في ما يملك دون ما لا يملك . اعرفه في المسألة الثانية من القاعدة الأولى من قواعد النحو من ترتيب القواعد والفروق للشيخ أبي عبد الله المغربي ، فلو حبس قبل حوز السكنى بطلت السكنى وضح الحبس المحوز ، لأن الرجل إذا كتب السكنى لولده بزوجه بيتاً من داره لم يحز البيت حتى مات وباع الدار بطلت السكنى . هذا في الورقة 19 من نكاح البرزلي عن جواب ابن رشد .

قولنا : وهو ظاهر المذهب ، إنما قلتُ ظاهر المذهب لأنه بالإجراء على قواعده لأني لم أفقُ على نص صريح فيه . وقد صرح الشيخ ابن عرفة - رحمه الله تعالى - في الورقة 14 من إجارته بأن ظاهر المذهب إذا قالوه فمعناه بالإجراء على قواعده لا ينظر فيه ، ومرت في الورقة 21 من هذا الجزء . وقد أخذته من مسألة تصرف المعطي في بعض عطيته ، قالوا : إن كان ما تصرف فيه ثلثاً فأقل نُفذت العطية في الجميع ، وإن

كان أكثر من النصف بطل الجميع، وإن كان نصفاً فكل على حكمه. اعرف في ذلك ما مرّ في عشرة الجزء الرابع، ووقع في الورقة 28 من نكاح البرزلي عن ابن الحاج ما نصه: وفيه من زوّج ابنته والتزم لصهره الإسكان مدة العصمة ثم رهقه دين ثم مات فقام أرباب الديون يطلبون ديونهم وذهبوا إلى بيع الدار وإبطال السكنى. فأجاب: إذا حاز الزوج السكنى بالفعل قبل الدخول وجبت له ولا تُباع حتى تنقضي العصمة بموت أو طلاق، انتهى من البرزلي.

الحمد لله، سألني الحاج قاسم زريق بتركي من عند الآغا إبراهيم قال: أجبني ذا الوقت وإلا أطلع إلى القصة، فقلت للتركي: ترفعه بعد العصر فقال لي: أنا نجيئك وقت العصر نرفعه بنفسي. فكتب قبل السؤال نسختين وتحتهما السؤال وذلك في أواسط جمادى الآخر عام تسعة وتسعين وتسعمائة [999 هـ / أواسط أبريل 1591 م].

نص الرسم الأول بعد الافتتاح: أشهد الشاب قاسم ابن الفقير أنه وافق على مكث زوجته بذكره فلانة بنت الحاج قاسم زريق وتمريضها عند أبيها الحاج قاسم المذكور وأمها فلانة الفلانية مدة مرضها الذي بها الآن موافقة تامة، والتزم أن لا ينقلها من عندهما مدة المرض المذكور إلا برضاها التزاماً لازماً عرف قدره على أن التزم له والدها المذكور بطعامها وشرابها وسائر مؤنّها من النفقة والكسوة مدة بقائها عندهما من مال نفسه من غير رجوع له على الزوج المذكور على بنته بوجه من الوجوه. شهد على إشادهما بذلك في الصحة والطوع والجواز خامس شهر ربيع الأول الشريف بمولده - صلى الله عليه وسلم تسليمًا - عام ستة وتسعين وتسعمائة [996 هـ / 3 فيفري 1588 م] بمعرفتهما فلان وفلان.

ونص الرسم الثاني بعد افتتاحه : أشهد قاسم الفقير أنه التزم بالقيام بالمداواة لزوجته فلانة بنت الحاج قاسم زريق في مرضها من تاريخه مدة بقائها بدار والدها المذكور [16 ب] من ماله دون رجوع عليها بشيء من ذلك التزاماً صحيحاً عرف قدره . شهد على إسهاده بذلك في الحالة الجائزة أوآخر صفر الخير عام ستة وتسعين وتسعمائة [996 هـ / أوآخر جانفي 1588 م] بمعرفة فلان وفلان .

السؤال بعد افتتاحه : جوابكم بعد تأملكم من نسخة الرسمين المقيدتين أعلاه هل هما صحيحان ويعمل بمقتضاهما معاً أو يعمل بإحدهما دون الأخرى أو هما مجهولان لا يعمل بهما معاً؟ جوابكم تؤجرون، والسلام . فأجبتُ عنه بما نصه بعد افتتاحه : إذا كان الأمر كما ذكر فأما الملتزم في الرسم الأول إذا أراد الرجوع في التزامه فليس له ذلك ولا تُسمع دعواه فيه . وأما الملتزم في الرسم الثاني إذا أراد الرجوع له ذلك عملاً بقول ابن القاسم فيهما - رحمة الله تعالى عليه - والله تعالى أعلم وبه التوفيق .

أقول هذا الجواب مبني على ثلاثة أصول، الأول قول الشيخ ابن عرفة - رحمه الله تعالى - الخبرة إخبار عن أشياء المخبر معروف في المستقبل الوفاء بها (1) .

الحمد لله ، هذا مضمّن عقد نكاح بعد افتتاحه : تزوّج محمد بن أحمد السوسي عُرْف الهويمل عائشة بنت محمد النابلي عرف الكحلي بصدّاق كذا . عقد نكاحها منه بذلك والدها بما ملكه الله تعالى من أمرها، وجعله بيده من العقد عليها إذ هي بكر في حجره وتحت ولاية نظره صحيحة العقل والبدن حلّ للنكاح . وحضر الزوج المذكور وقبِل

(1) كذا وردت الجملة بالأصل مضطربة التعبير وسقط بعدها بقية الجواب فقام مقامه بياض بمقدار عشرة أسطر في الأصل .

هذا المذكور قبولاً تاماً وارتضاه، شهد على إشهدهما بما عنهما فيه، وهما بحال صحة وطوع وجواز أمر، ثاني عشر شعبان المعظم عام ثلاثة وثمانين وتسعمائة [983 هـ / 17 نوفمبر 1575 م]. وفي إشهد الزوج المذكور بعد تمام النكاح المذكور أنه حرّم أمة الرحمن بنت أبي عبد الله محمد عينوس الحمامي ما دامت الزوجية بينه وبين عائشة الزوجة المذكورة. شهد على إشهده بذلك في الحالة الجائزة في التاريخ المذكور بمعرفة فلان [17 أ] وفلان.

الحمد لله، مضمون رسم إيداع للاستفتاء بعد افتتاحه: ذكر لشهيديه القارئ محمد ابن المؤذن أحمد السوسي الهويمل أنه عقد النكاح على عائشة بنت الرايس محمد النابلي عرف الكحلي، وهي بكر بالغ وأراد البناء بها ودفع لها جملة مقدم مهرها فأمسكها عنه والدها المذكور ليلة الزفاف وعطلها إلى أن يكتب لها تحريم أمة الرحمن بنت محمد عينوس الحمامي فاضطرّ لمساعدة والدها المذكور وذكر لشهيديه أنه مهما حرّم أمة الرحمن بنت عينوس المذكورة أو غيرها فإنما ذلك على غير حقيقة لأنه مضطرّ إلى ذلك. واستودع شهيديه هذه الشهادة ليجدها حيث يحتاج إليها. شهد على إشهده بذلك في الصحة والطوع والجواز، أوائل شعبان المذكور عام ثلاثة وثمانين وتسعمائة [983 هـ / أوائل نوفمبر 1575 م] بمعرفة سبب الإيداع في خاتم الشهادات فلان وفلان.

الحمد لله، وبمحوّل رسم الإيداع بعد الافتتاح ما نصه: أشهد الرائس محمد الكحلي المذكور بمحوّله أنه أسقط الطعن والمقال في شهود رسم الإيداع المذكور محوّله ولم تكن عنده في الرسم المذكور بمحوّله حجة ولا مقال إلا ما في (1) الشرع العزيز في ذلك بعد أن قرئ عليه الرسم المذكور بمحوّله وعلم ما فيه وما شهدا به. شهد على

(1) بياض بمقدار كلمة في الأصل.

إشهاده بذلك في الحالة الجائزة بتاريخ أواسط محرم فاتح شهر عام
خمسة وثمانين وتسعمائة [985 هـ / أوائل أفريل 1577 م] فلان
وفلان .

الحمد لله ، نسخة سؤال بعد افتتاحه : جوابكم بعد تأملكم في الرسوم
المذكورة أعلاه وقد تزوج القاري محمد المذكور عائشة المذكورة بكرة
من أبيها المذكور ، امتنع من تمكينها ليلة البناء إلا أن يحرم أمة الرحمن
المعيّنة . ثم أودع الزوج عدلين كما ذكر ، ثم أشهد في التحريم ودخل
بها بيّته ثم بعد زمان من دخوله بها أراد أن يتزوج أمة الرحمن التي أوقع
عليها التحريم المذكور ، وجاء مستفتيا في ذلك فأفتاه بعضهم بالإياحة
لأن التحريم لم يصادف محلاً من حيث إنها لم تكن مملوكة العصمة له
تحقيقاً ولا تقديراً ، ولأن الزوج لم يعلق التحريم المذكور بالنكاح ولم
يقصده . وأفتاه بعضهم بالإياحة أيضاً لكن بمجرد الإيداع المذكور .
فذهب الزوج المذكور وتزوج أمة الرحمن المذكورة بسبب ذلك ثم
استظهر أبو الزوجة عائشة المذكورة المكتوب لها التحريم المذكور
بصداق ضمن في آخره بعد تمام النكاح ما نصه : اعترف الزوج المذكور
أن كل داخلة عليها خارجة ، وأن أمة الرحمن حرام عليه ما دامت
الزوجية بينه وبين عائشة المذكورة . مؤرخ بأواسط شعبان المذكور بشهادة
عدلين من عدول الحمامات . فوقع بين الزوج وصهره المذكور خصام
لدى من يجب فحكم بينهما بأن يتأجل والد الزوجة المستظهر بالصداق
الثاني ثلاثة أيام للقدح في الإيداع المذكور فأسقط فيه الإعذار حسبما
ذكر أعلاه ووقع بينهما صلح وتراض على أن يعترف الزوج بجملته
مؤخر صداق ابنته المذكورة وأن [17 ب] يعترف له بدين لها عليه
وبنفقة والدها عليها ثلاثة أشهر مدة التنازع والترافع . فاعترف له الزوج
بذلك واعترف صهره والد عائشة أن الصداق الذي استظهر به زور

وباطل . ثم بعد ذلك كله رجع والد الزوجة المذكورة إلى المحاكمة والمخاصمة مدّعياً أن ما صدر منه من إسقاط إعدار وصلاح واعتراف عليه خلّي عن توكيل من ابنته عائشة المذكورة له على ذلك . فهل الصداقان المذكوران باطلان لتعارضهما والحالة أن أول شهيديهما واحد ويرجع في ذلك إلى ما سواهما من البيّنات أم لا؟ وعلى أنهما عاملان فهل يبطل الصداق المستظهر به لاعتراض المستظهر بعد بأنه زورٌ وباطل أم لا؟ وعلى عدم البطلان وأنهما عاملان، فهل سقوط الإعدار الخليّ عن استناد للتوكيل من عائشة الزوجة ذات الشرط صحيح لأن أفعال الأب محمولة على النظر والصلاح حتى يتبين خلافهما، أو لا بدّ من توكيل البنت أباهما على ذلك ويصح ما ادعى أن هذا من ضرر الأبدان الذي لا يفعله الأب في حق ابنته في حجره إلا بتوكيل منها له؟ وهل دعواه أن هذا من ضرر الأبدان صحيح أم لا؟ جوابكم والسلام .

الحمد لله، نسخة جوابي بعد افتتاحه : تأملتُ التُّسَخَ المسطورة أعلاه والسؤال تحتها، واعلم أن عقدة النكاح المستظهر بها ثانياً إنما عارضتُ في زيادة كل داخله عليها خارجة وليست بمعارضة حقيقية عند التحقيق، لأنه غير راجع إلى عقد النكاح من حيث هو إيجاب وقبول من ولي وقابل وإنما هو زيادة عقد آخر جمع شهادته في كتاب العقد الثاني وجدناه من الكتاب الأول، ولأنه يمكن الإدلاء به وقت الأداء . فإن استثنياه عند الأداء سقط وإن لم يستثنياه بل أديا الشهادة به أعمل ، فعلى استثنائهما إياه لا إشكال ، وعلى أدائهما به فهو من معنى التحريم . فقولُه بعده : وإن أمة الرحمن حرام عليه إلى آخره، ذكُرُ فردٍ بعد عموم يؤذن بالاهتمام بالفرد الذي عليه نصه كعطف الخاص على العام بالتحريم المذكور وإن خلا عن تعليق لفظ أو نية . وعن كون أمة الرحمن المحرّمة مملوكة العصمة من وقت اللفظ بتحريمها فهو من التعليق السياقي لأنه

قد جرى ذكر تزويج أمة الرحمن حيث طلب منه تحريمها فالتعليق حاصل مستفاد من سياق الكلام لا من لفظ ولا من نية بل من سياق . وقد حققها الإمام ابن عرفة والبرزلي ، فالأول كقوله لأجنبية : إن تزوجتُك فأنت طالق أو حرام ، والثاني كقوله لأجنبية أيضا : إن دخلت الدار فأنت طالق أو حرام ونوى بعد نكاحها . والسياقي كقوله لأجنبية أيضا عند خطبتها : أنت طالق أو حرام . إذا تقرّر هذا فأعلم أن التحريم المذكور في أمة الرحمن غير لازم ولمحمد المحرم أن يتزوجها من وجهين : الأول أن التحريم السياقي غير لازم على ما أفتى به القاضيان أبو علي القداح وأبو العباس ابن حيدرة وإليه رجع الإمام [18 أ] ابن عرفة في آخر عمره قال الشيخ البرزلي : وتبعه على ذلك من بعده . وقال الشيخ ابن عبد السلام - رحمه الله تعالى - ومن أخذ بفتوى بعض قضاة تونس بعدم لزومه .

الحمد لله ، من وثائق الشيخ البوسعيدي الباجي ما نصه : وثيقة تقية واسترعاء في حبس : حضر عند شهوده فلان وأشهدهم على نفسه إظهار استرعاء واستحفاظا للشهادة أنه متى عقد في داره الكائنة بداخل مدينة كذا المحدودة شرقا بكذا وغربا بكذا وجوفا بكذا وقبلة بكذا أو في شيء منها تحببسا على ولده أو غيره فإنما يفعل ذلك لأمر يتوقعه على نفسه وعلى داره المحدودة فيه ولا يريد بشيء من ذلك تحببسا ولا قصد به ثوابا وإنما يفعله لما يتوقعه . وهو راجع عنه عند غيرا منه ⁽¹⁾ مما يتوقعه وإمكان ذلك له ، وشهد عليه بما فيه عنه من إظهاره به على نفسه في صحته والجواز وعرفه بتاريخ كذا .

تقييدٌ وفقه وتعقّد : التحببيس بعد تاريخ هذا الاسترعاء ، ويصدق المسترعي في ما يذكره من التوقع وإن لم يعرف الشهود الاسترعاء ذلك (1) كذا بالأصل .

وينفسخ التحبب المنعقد بعد هذا الاسترعاء إذا لم يكن عند المحبس عليه مدفع . وإنما جاز الاسترعاء في الحبس وشبهه لأن المحبس يتبرع بالحبس ولو شاء لم يفعل . ولا يجوز الاسترعاء في البيع مثل أن يُشهد أنه راجع في ما يعقده من البيع وأنه إنما باع لأمر توقعه ويذكره، إلا أن يعرف الشهود الإكراه على البيع والتوقع فيعقد ذلك قبل البيع، وله القيام به متى أمكنه . صح من الوثائق المجموعة باختصار .

وثيقة تقية في عتق . ذكر لشهوده فلان على وجه الإشهاد منه، إشهاد استرعاء منه لشهادته هذه واستحفاظاً لها متى عقد لمملوكه فلان الجناوي الذي تعرفه شهوده المعرفة التامة عتقاً بتلاً أو مؤجلاً أو وجهاً من وجوه العتق فإنما يفعل ذلك لتعوقه وتخلّفه عليه راجياً بذلك استقامته . وأنه غير ملتزم للعتق المذكور وراجع فيه إذ لم يعقده ابتغاء وجه الله تعالى ولا رجاء ثوابه وإنما يعقده للسبب المذكور . وأشهد بذلك في صحته والجواز وعرفه بتاريخ كذا .

الفقه : لا يجب العتق بما عقد له سيده بعد ذلك الاسترعاء وإن لم يعرف الشهود السبب الذي ذكره السيد . وأصله قول مالك - رحمة الله تعالى عليه - في المستخرجة في الذي فرّ عبده إلى العدو فرآه سيده في جيش العدو . فقال لشهوده من المسلمين : إنني أريد أن أدعوه إلى الرجوع إليّ على أن أعتقه وأنا غير ملزم لعتقه وإنما أريد استخراجاً ، أنه لا عتق له . وشبهه ابن العطار بالحبس في هذا المعنى وخالفه ابن عمر وقال : العتق بخلاف الحبس لتعلق حق الغير به ولأن هزله جدّ حتى يُعرف السبب كالذي [18 ب] قاله مالك في المستخرجة ، انتهى من القاسمية . قال في الوثائق المجموعة بعد جلبه لمسألة المستخرجة : فهذه المسألة أصل في الاسترعاء إذ لا رواية في الحبس ولا اختلاف عندنا أن الاسترعاء في الحبس نافذ ، بهذا أفتى الشيوخ قديماً . وإذا أنفذ

في الحبس بمجرد قول المحبّس دون معرفة السبب الموجب للاسترعاء كذلك ينفذ في العتق. وشبهه ولو لم تكن في العتق رواية، فكيف مع الرواية فيه. فإن قال قائل: سبب الاسترعاء في الفار إلى العدو ظاهرٌ معروف، رجعنا إلى ما اجتمع عليه الشيوخ في إجازة الاسترعاء في الحبس دون معرفة السبب.

وقال ابن عمر: ليس العتق من باب الحبس لأن العتق فيه حق لأدمي وأيضا يلزم في هزله ما يلزم في جدّه كالطلاق والنكاح فكيف يجوز الاسترعاء في ما هذه صفته حتى يعرف السبب كما هو في الذي فرّ إلى العدو، انتهى.

وثيقة تقيّة في تدبير: شهداؤه يعرفون فلانا معرفة صحيحة تامة ويشهدون مع ذلك أنه وقف إليهم في تاريخ كذا مملوكه الجنائي المسمى بكذا الذي من نعتّه كذا، وذكر إليهم على وجه الإشهاد منه لهم والاسترعاء بمشاهدته والاستحفاظ لها: أنه توقع من بعض أهل السطوة والقهر أن يتحامل عليه في مملوكه المذكور بغضبٍ أو ما أشبهه، وأنه الذي يتوقع من ذلك ويخوفه، ورأى أن يستدفعه عن نفسه وعن مملوكه المذكور بأن يعقد له بعد تاريخ هذا الاسترعاء في ظاهر الأمر تدبيراً يحصنه له من غير قصدٍ منه للتدبير ولا التزام له، وأنه متى أقرّ بذهاب التّعبة وزوال المخافة فما عقده من التدبير منتقضٌ وهو رقيقٌ كحالهِ قبل التدبير الذي عقده له على الوجه المذكور. استودع شهوده هذه الشهادة واستحفظهم إياها ليقوم بها متى أمكنه القيام بها. وشهد عليه بذلك في صحته والجواز. وعرفه بتاريخ كذا.

تقييد وفقه: فإن لم يسمّ الرجل المتوقع منه من أجله على ما وقع في بعض الوثيقة فذلك تام إذ من حجته أن يقول خفتُ من تسميته أن يلحقني درك، فذلك له عذر، وإن سمّاه فهو تام أيضا. وتقييد في أصل

الوثيقة بمن يعرف أن فلاناً ممن يتقى جانبه ولا يؤمن ضرره. صحّ من الوثائق المجموعة.

الحمد لله، سُئِلْتُ عن سُرق له طعام في أوعية من دار نائم فيها مع ربه كل منهما مستقرّ في بيته لنفسه، ولم يقع في الدار ولا في غلقها عيبٌ فاتّهم ربّ الطعام المسروق بذلك رب الدار المذكورة.

فأجبتُ: بأنه لا يلزم رب الدار المدعى عليه بالسرقة غرمٌ ولا ضمان إن لم تكن بينة ولا إقرار. وجميع ما يحتجّ به رب الطعام إنما يحصل قوة التهمة فقط، والحق لا يثبتُ بمحتَمَل ولا يعول عليه. غير أن المدعى عليه إن كان من أهل التّهم يضرب ويُسجن بقدر ما يراه الحاكم ويدأب على ذلك [19 أ] ثم يُترك سبيله، انتهى.

الحمد لله، سألتني الفقيه عبد الله أيوب من صفاقس في أوائل صفر الخير عام 1006 [هـ / أوائل سبتمبر 1597 م] عن نسخة رسم بعد افتتاحه: أشهد فلان ابن فلان أنه زوج ابنته البكر فلانة من فلان ابن فلان الفلاني على حكم نكاح التفويض وستنة، إذ هي جارية بكر في حجره وتحت ولاية نظره صحيحة البدن والعقل. وحضر فلان المذكور وقبل ذلك منه قبولا تاماً وارتضاه، وصاراً بذلك زوجين على حكم الكتاب والسنة. شهد على إشهدهما بذلك وهما بالحالة الجائزة وعرفهما بتاريخ كذا فلان ابن فلان وفلان ابن فلان.

ونصّ السؤال بعد افتتاحه: تأملوا من الرسم المقيد أعلاه هل النكاح صحيح أم لا؟ وأن الزوج المذكور أراد البناء بزوجه المذكورة فطلبه أبوها في أكثر من صدق مثلها وأن يشورها أقل من عادة مثلها، وهو غير محتاج مع ذلك، والحال أن عادة بلدهم أن الصدق يكثر بكثرة الشوار ويقبل بقلته، وللزوجة بنات عم من هن أعلى منها في المال والجمال والاحترام ومن هن أقل منها في ذلك.

فأجابهُ الزوج المذكور أن تحضر لي أحدُ أصدِقةِ بناتِ عمِّها مَنْ
شئتَ منهن فأعطي ما فيه من الصداق وتُعطي ما فيه من الشوار. والعادة
تصدق قول الزوج لأنها عندهم في بلدهم أن الأصدِقة مبنية على الشوار
في الكثرة والقلّة. فهل تنهض حجة الزوج ويُقضى بها أو تنهض حجة
والدِ البنت؟ والسلام.

أجبت عنه بما نصه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذُكر فالنكاح
المذكور في هذه النازلة صحيح عامل بلا خلاف. قال الشيخ أبو عبد الله
- رحمه الله تعالى - إذا فوّض الزوج صداق المثل في نكاح التفويض لزم
ولا كلام للزوجة ولا أعلم في ذلك خلافاً، انتهى. وقال في الجواهر:
إذا كانت لأهل البلد عادة مستمرة في تعيين مال المهر فيُصار إليها.
والعادة المذكورة في السؤال وهي مراعاة مال الشوار في كثرته وقلّته
وبناء الصداقات على ذلك تدل على نهوض حجة الزوج قطعاً. ألا ترى
أن مدلول العادة كالنص قاله في كتاب نهاية التحصيل، وكالاتّقرار قاله
في النوادر. وقال الشيخ السطي - رحمه الله تعالى - وغيره: العادة عندنا
دليل من أدلة الشرع تقيّد المطلق وتخصّص العام وتفسر المبهم وتكون
شاهدة لمدعيها، انتهى. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل: يعني الخلاف المصدر به في حجة نكاح التفويض، قاله ابن
ناجي في أول بحث نكاح التفويض في خامسة النكاح من صغيره.
ونقله في التوضيح عن الشيخ أبي الوليد الباجي قائلاً: وصفته أن يصرحوا
بالتفويض أو يسكتوا على ذكر المهر، انتهى. وقيدتُ بهذه النازلة
لاشتمالها على المعنيين وهما التصريح بالتفويض والسكوت عن ذكر
المهر. وقول الشيخ ابن عبد السلام نقله الشيخ ابن ناجي عنه في أول
البحث في الورقة الخامسة من نكاح الثاني المذكور، وقول الجواهر:
نقله عنها في أول نكاح التفويض من الطرر في الورقة 16 منها ونصه:

قال ابن شاس: معنى مهر المثل القدر الذي يرغب به مثله فيها، والأصل فيه اعتبار ست⁽¹⁾ صفات: الدين [19 ب] والجمال والحسب والمال والزمان والبلد، إلا أن يكون لهم عادة مستمرة في تعين المهر فيُصار إليها، انتهى.

قلت: وعلى اعتبار الستة أمورٍ درج في المختصر والشامل. قال في الشامل: واعتبر المثل في دين وحال وزمن ومال وبلد وجمال وأخت وإن لأبٍ لا لأُم. وما في كتاب نهاية التحصيل وقع في الورقة 13 من شركته وقول النوادر. وكلام الشيخ ابن عرفة وقع في الورقة 54 من شهادات ابن عرفة واعرِف الورقة 68 من السابع. وقول الشيخ السطي نقله عنه الشيخ الطرابلسي في بحث اختلاف الزوجتين في متاع البيت، من النكاح الثاني من حواشيه. ومثله نصاً سواءً وقع في أول بحث اختلاف الزوجين في متاع البيت من كبير الشيخ المغربي، وهو مرادي بقولي: وغيره. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

الحمد لله، سألني الفقيه بلغيث فريح المِستيري في الثاني عشر لصفير الخير المذكور عن مسألة أرضٍ بياض معدة للحراثة لجانب الحبس ببلد المنستير أكرها أمين الأحباس لأهل البلد المذكورة، واكتروها منه بالدرهم الحيدري مدة خمس سنين، وكان صرف الكرونة من الدرهم المذكور أربعة دنانير وربع الدينار، وقبض الأمين من المكترين في عام تاريخ عقد الكراء الدراهم المذكورة. ثم إن العام الثاني دخلت عليه سكة أخرى التي ضربت بالقيروان فصار صرف الكرونة من السكة التي ضربت بالقيروان إثنا عشر ديناراً لما وقع فيها من الفساد والنحاس. فهل يُقضى للأمين المذكور أن يقبض من المكترين ذهباً بمصارفتها حين انعقد الكراء لعدم السكة المذكورة وبفساد الثانية ويبقى الكراء على

(1) بالأصل: أربع وهو خطأ من الناسخ أصلحناه مما ورد في بقية النص.

أصله أو يفسخ الكراء ويكرى كراءً جديداً؟ بيّنوا لنا ما العمل في النازلة
تؤجرون، والسلام.

فأجبت بما نصه بعد افتتاحه: قول السائل لعدم السكة المذكورة
يقضي أنها انقطعت بالكليّة وفقدت ذاتها، وإذا كان الأمر كذلك فإنه
يُقضى على المكتري بقيمة دراهم سكة الكراء من الذهب يوم وقت
حلول الكراء لا في اليوم السابق الذي فقدت فيه. هذا الذي به الفتوى،
وقيل: القضاء بقيمتها يوم الحكم والمعتمد هو القول الأول. والله
تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذليل، الواجب إذا كان الدين أو الكراء حالا وانقضت سكة دراهمه
أن يُقضى بقيمة دراهم الدين أو بقيمة دراهم الكراء وقت انقطاعها، وإن
كانت مؤجلة فإنه يقضى بقيمتها وقت اجتماع حلول الأجل والانقطاع،
ويتحقق اجتماع الأمرين بحصول الأخير منهما. فإن كان الاستحقاق أي
حلول الأجل هو الأول فليس لرب الدراهم التي انقطعت سكتها القيمة
المذكورة إلا وقت الانقطاع، وإن كان عدمها أي انقطاعها هو الأول
فليس لربها القيمة إلا وقت حلول الأجل، فلو تأخر طلبها بعد حلول
الأجل بشهر مثلا وانقطعت في نصف ذلك الشهر فإن قيمتها تجب في
نصف ذلك الشهر، وهو وقت حصول الأخير من الأمرين المذكورين
وهو انقطاعها لا في أول الشهر وهو وقت حلول الأجل ولا في إثره
وهو [20 أ] يوم التحاكم، لأنها لم تزل في ذمته إلى يوم الانقطاع. هذا
محصل تمشية الشيخ بهرام لكلام المختصر، وهو قول الشيخ اللخمي -
رحمه الله تعالى - والذي درج المختصر عليه.

أشرت بقولي: هذا الذي به الفتوى، ووقع في رابعة صرف الشامل
في بحث قضاء القرض ما نصه: ولو فقدت الفلوس بقيمتها حين اجتماع

استحقاقٍ وعُدْمٍ، وقيل يوم التحاكم ولو بطلت بمثلها وقيل قيمتها، وقيل قيمة المبيع، انتهى. وأشارت بقولي: والمعتمد هو القول الأول الذي درج المختصر عليه أيضاً، فإن جرت الفتوى بالقول ترجّحت فيه. والمسألة بفرعها فرع انقطاع السكة أي انعدامها وفرع بطلان التعامل بها فقط موعبة في مسألة صرف البرزلي وفي صرف المدونة وفي كلام الشيوخ عليها وفي حاشية الكامل وفي صرف كبير ابن ناجي ورهونه أوعب المسألة بفرعها ونقل الخلاف فيها موعباً وزيف ما زيف منه ورجّح ما رجح. فاعرفه في الموضوعين. والله تعالى أعلم. وحاشية الشامل هي التي طالعت الآن في ذلك.

الحمد لله، سألني المعلم محمد دُعي رمضان ابن المعلم إبراهيم دُعي عبد القوي صبّاغ الحرير في يوم الاثنين سابع ربيع الأول الشريف عام 1006 [هـ / 19 أكتوبر 1597 م] عن نسخة رسم وما بطرته. نص الرسم بعد افتتاحه: أوصى المعلم محمد دُعي عاشور بن رمضان بن إبراهيم الصبّاغ لأخيه لأبيه المعلم محمد دُعي رمضان ثلث جميع ما يخلفه موزوئاً عنه من قليل الأشياء وكثيرها دقيقها وجليلها ربيع وغيره بداخل تونس وخارجها، ما علمه وما لم يعلمه، وصية صحيحة تامة ماضية تنفذ له بعد وفاته متى حضرت، على حكم وصايا المسلمين وستتها. والتزم فيها عدم الرجوع، ومهما رجع عنها كان رجوعه تجديداً لها. شهد على إشهداه بذلك وهو بحال مرض هو معه مضطجع على فراشه ثابت الذهن والميز عارف بما يقوله. وشهد به طائعا جائز الأمر بتاريخ صبيحة يوم الأربعاء ثامن عشر صفر الخير عام 1006 [هـ / 30 سبتمبر 1597 م] بمعرفته، فلان، وفلان.

وبطرته: الحمد لله، حضر لشهيديه المعلم محمد الموصى له المذكور أمامه في يوم التاريخ وأشهد أنه قبل الوصية المذكورة أمامه قبولاً تاماً.

شهد على إشهاده بذلك في الحال الجائز سابع ربيع الأول الشريف عام 1006 [هـ / 19 أكتوبر 1597 م] بمعرفة فلان ، وفلان .

ونص السؤال بعد افتتاحه : جوابكم بعد تأملكم من النسخة المقيّدة أعلاه ، والحالة أن الموصي توفي وقام الموصى له يطلب الوصية المذكورة من مخلفه فادعى بعض ورثته أن الموصي رجع عن الوصية المذكورة ، فإذا ظهر بأيديهم رسم الرجوع هل يُعمل به وتبطل الوصية المذكورة؟ أو الرجوع غير عامل ويكون تجديدًا للوصية كما التزمه الموصي في وصيته؟ والسلام .

فأجبت بما نصه بعد افتتاحه : [20 ب] [قرأتُ ما⁽¹⁾] بصفحة رسم الوصية وما بطرّتها ووقفتُ على السؤال . وإذا كان الأمر كما ذكر فاعلم أنه إذا أدى شهيدا رسم الوصية على شهادتها فالوصية المذكورة عاملة ولا يوهنها رجوع الموصي عنها لأن رجوعه عنها غير عامل ، لقول الشيخ الجد أبي عبد الله محمد ابن عظوم - رحمه الله تعالى - في كتابه المسند المذهب ، في ضبط قواعد المذهب ما نصه : فلو قال الموصي : ومتى رجعتُ كان رجوعي تجديدًا للوصية لزم عدم رجوعه مطلقا . وبه العمل فتوىً وحكمًا إلا من غير البالغ ، انتهى .

قال الشيخ ابن ناجي - رحمه الله تعالى - : العمل إذا استمر بقول فلا يعوّل على غيره وصار وجود الخلاف معه كلا خلاف ، انتهى . ولا يصح إلحاق فرع هذه النازلة بفرع الالتزام المجرد عن الغير الشرطي لأن الفرق قائم بين الفرعين بالعمل المختلف فيهما . ويشهد للفرق أمورٌ منها قاعدة «الحكم إذا ربط بشرط وجب دَوْرَانِ الحكم مع الشرط وجودًا وعدمًا» قاله الشيخ الوانوشي - رحمه الله تعالى - مستدلًا بذلك مقتصرًا عليه كأنه موضع اتفاق . ومنها قاعدة ما «إذا دار اللفظ بين حمله على

(1) إضافة يقتضيها المقام .

الإعمال وعلى الإهمال، فحمله على الإعمال أولى» قاله الشيخ الوانوشي أيضاً مستدلاً بذلك، وقاله الشيخ الجد المشار إليه في كتابه رعاية الأمانة. ومنها أن أصل ابن القاسم - رضي الله تعالى عنه - أن اللفظ الذي استعمله الإنسان في معنى أرادَهُ فهو بمنزلة اللفظ الموضوع لغة لذلك المعنى، خلافاً لأشهب.

قال الشيخ المغربي - رحمه الله تعالى - نقله بالقيد الشرطي خصوصية في الفرع مانعة من الإلحاق حسبما تقرّر في محله ولأن القاعدة «أن ما لزم الأخص قد لا يلزم الأعم» وعلى هذا يُحمّل الموصي في هذه النازلة رجوعه تجديداً لإنشاء وصيته ونقله بلفظ الرجوع إلى معنى التجديد لها واستعماله إياه فيه مقصوداً بما به العمل المنفرد. فالإعمال موجب لاستقرار وصيته ومبطل لرجوعه عنها. وفي هذا القدر كفاية للمنصفين وهداته تشفي صدور قوم مؤمنين. والله يقول الحق وهو يهدي السبيل، وهو سبحانه وتعالى أعلم بمن اهتدى، وبه التوفيق.

تذييل، قول الشيخ الجد - رحمه الله تعالى - في كتابه المسند المذهب، في ضبط قواعد المذهب وقع في آخر ورقة من كتاب الوصية منه، ونصه: قاعدة «يجوز الرجوع عن الوصية إجماعاً فيها مع غيرها في صحة أو مرض» فلو التزم فيها عدم الرجوع ففي لزومه خلافٌ مبني على أن التدبير وصية التزم فيها عدم الرجوع أولاً، وثالثها إن كانت بعق لزمه ما التزم. في حاوي شيخنا البرزلي أخذ من كتاب الحبس عدم الرجوع. قال الإمام ابن عرفة في اختصاره الحوفي: على الأصح، وفي بعض النسخ: على المشهور ومن التخيير والتمليك قبول الرجوع. وقال ابن مسرور: الخلاف مبني على قواعد. فالقول بالرجوع مبني على أن التصرف بإسقاط الخواص الشرعية لغو، والبناء إنما هو على الخواص الشرعية والقول بعدم الرجوع مبني على أن للمكلف [21 أ] إبطال

الصفة الثانية للحقيقة لا إبطال الحقيقة . وأشار إليه ابن العربي وعبد الله ابن عبد الحق المختار وبنى على ذلك فروغاً كثيرة . وقال أبو عبد الله محمد بن علي بن أبي مسلم : المشهور أن الالتزام لا يغير مقتضيات الأحكام ، وقيل : هي حقوق الناس فما ألزموا أنفسهم منها لزمهم . ونحوه لابن رشد ، وكذلك السفية البالغ فلو قال الموصي ومتى رجعتُ كان رجوعي تجديدًا للوصية لزمه عدم رجوعه مطلقاً . وبه العمل فتوىً وحكمًا إلا من غير البالغ ، انتهى من المسند المذهب .

وقول الشيخ ابن ناجي في العمل إذا استمر بقول وقع له في الورقة 29 من قَسَم كبيره . قلت : ولا يُعترض ما به العمل حكمًا وفتوىً لقول الشيخ محمد الرصاع في أول باب الوصية من شرحه حدود الشيخ ابن عرفة ونصه : فإن قلت إذا التزم عدم الرجوع في الوصية وزاد : مهما رجعتُ كان تجديدًا للوصية فإنه يلزم ذلك وهو خارج عن الخلاف .

قلت : كذا قال بعض المشائخ ولكن الخلاف موجود ذكره ابن الخطيب وغيره ، انتهى من الرصاع لأننا نقول هذا الاعتراض غير وارد في هذا الموضوع ، لأن هذا الموضوع إنما فيه ما به العمل حكمًا وفتوىً وليس فيه نفي الخلاف عن هذا الفرع . وكلام هذا الشيخ الرصاع إنما هو في ردّ الاتفاق حيث حفظ وجود الخلاف في فرع القيد الشرطي وهو فرع النازلة من ذكر ابن الخطيب وغيره فوجود الخلاف في الفرع لا ينافي وقوع العمل ، وأحد القولين في ذلك الخلاف ، فاعرف ذلك فهو جلي .

قولي : ولا يصح إلحاق فرع النازلة بفرع الالتزام المجرد عن القيد الشرطي ، لأن الفرق قائم بين الفرعين بالعمل المختلف فيهما الفرعان اللذان اختلف العمل فيهما أحدهما فرع النازلة وهو فرع التزام الوصي عدم الرجوع ويزيد أنه متى رجع كان رجوعي تجديدًا للوصية ، وهو التزام مصحوب بالقيد الشرطي ، وقد مرَّ الآن أن الذي به العمل في هذا

الفرع حكماً وفتوى هو لزوم الالتزام وعدم قبول رجوعه عن الوصية المصحوبة بال قيد الشرطي مطلقاً في وصية بعق أو وصية بغيره إلا وصية من غير البالغ فلا التزام له لعدم بلوغه وعدم تكليفه . ومفهوم غير البالغ أنه لو كان سفيهاً لزمه كالبالغ إلا أن السفيه مكلف . وثانيهما فرع التزام الموصي مجرد عدم الرجوع في وصيته دون أن يزيد في التزامه المذكور جملة التعليق . والدين المعجل في هذا الفرع أنه لا يلزمه الالتزام وله الرجوع عن الوصية في آخر التخيير والتمليك من المدونة . وإن قال لها: أنت طالق تطليقة يريد لا رجعة لي عليك فيها فله الرجعة . وقوله: لا رجعة لي عليك ونيته باطل إلا أن ينوي بقوله لا رجعة لي عليك البتة . ابن ناجي: أخذ منها شيخنا ابن عرفة في من أوصى وأشهد أنه لا رجوع له فيها أنه يرجع وبه العمل ، انتهى .

وكرر [21ب] نقل العمل المذكور في سادسة ستوره في قولها: وإن أعطته شيئاً على أن يطلق وشرط الرجعة الخ . وله في سادسة رهون كبيره وصغيره في قولها: وإن استعرت من رجل دابة على أنها عليك مضمونة له لم تضمنها ما نصه: يقوم منها إن شرط في وصيته أنه لا رجوع له فيها أنه يرجع وهو أحد القولين وبه الفتوى ، وقيل: لا يرجع عملاً بشرطه . وعلى الأول إذا قيل في الإشهاد عليه وعرف باختلاف العلماء فأخذ بقول من رأى العمل بالشرط فقيل: له أن يرجع لأنه شرط مناقض لمقتضى العقد فهو بالإبطال أولى ، قاله شيخنا أبو مهدي . وقيل: لا يرجع ، قاله شيخنا البرزلي محتجاً بقول ابن رشد: إذا التزم إنسان قولاً عالم فإنه لا يجوز له أن يخالفه . والعمل على الأول ، انتهى من الرهون .

قلت: فأنت ترى كيف ظهر من هذا التقرير أن فرع التزام الموصي بعدم الرجوع في الوصية مع زيادة القيد الشرطي الذي به العمل في لزوم

الالتزام وليس للموصي رجوعٌ عن الوصية، وإن فرع التزام الموصي عدم الرجوع دون زيادة القيد الشرطي الذي به العمل عدم لزوم الالتزام، وللموصي الرجوع عن الوصية. فهذا فارق بين الفرعين يوجب اختلاف الحكم فيهما، وإلى هذا الفارق أشرت بقولي: لأن الفرق قائم بين الفرعين بالعمل المختلف فيهما، وبيان اختلاف العمل فيهما هو ما قرَّرته أن العمل في الفرق الأول لزوم الالتزام وعدم صحة الرجوع عن الوصية. والعمل في الفرع الثاني عدم لزوم الالتزام وصحة الرجوع عن الوصية.

وبيان الفرق بين الفرعين بطريق الأصول وهو مانع من الإلحاق من قياس أحدهما على الآخر، وتقديره أن نقول: قد علم من قواعد القياس عند الأصوليين المانعة من إلحاق الفرع بالأصل الفرق، ورسمه عن أهل الأصول إبداء معارضة في الأصل وفي الفرع بإبداء خصوصية في الفرع فجعل مانعاً من الحكم. قال غير واحد من الأصوليين: الصحيح أنه قادح في القياس. والنازلة من النوع الثاني وهو إبداء خصوصية في الفرع⁽¹⁾ مانعة من الحكم، وهي زيادة القيد الشرطي فيه، وهو قول الموصي: متى رجعتُ كان رجوعي تجديداً للوصية، والأصل المقيس عليه وهو مجرد التزامه عدم الرجوع دون زيادة القيد الشرطي قد تُبين أنه خلي عن هذه الزيادة الشرطية.

ومثال القياس مع خصوصية في الفرع تمنع من القياس أن يقول الحنفي يقاد المسلم بالذمي كغير المسلم بجامع القتل العمد العدوان، فيعترض الشافعي والمالكي بأن للإسلام خصوصية في الفرع مانعة من الحكم وهو القود فيبطل قياسه. اعرف ما في الورقة 140 من الجزء الرابع فهذا قادح في القياس بطريق الأصول، فاعرفه. وقد أشرت إلى

(1) إضافة تقتضيها الجملة.

هذا التعريف الأصولي بعد هذا في أصل الجواب حيث قلتُ: فالقيد الشرطي خصوصية في الفرع مانعة من [22 أ] الإلحاق حسبما تقرر في محله .

والقاعدة الأولى في الحكم إذا رُبط بشرط، وقعت في ثانية التخيير والتمليك من حاشية الشيخ الوانوعي، والقواعد الكلية شأنها الاطراد لأن القاعدة والقانون والضابط والأصل كلها ألفاظ مترادفة معناها واحد، ورسمه: أمرٌ كليٌ منطبق على جزئيات تُعرف أحكامها منه، كقولنا: الفاعل مرفوع، ومعنى الاطراد في قاعدتنا هذه أن كل حكم قد وجد ربطه بشرط فشأنه دوران الحكم مع ذلك الشرط في الوجود والعدم، كما صرح به الشيخ الوانوعي .

والقاعدة الثانية وهي دوران اللفظ بين الأعمال والإهمال إلى آخرها، وقعت في ثانية العتق الأول من حاشية الشيخ الوانوعي، ووقوعها في كتاب رعاية الأمانة في أحكام الحضانة للشيخ الجدد، وكلام الشيخ المغربي وقع في رابعة التحسيس والتمليك من صغيره، ولهذا قلت في أصل الجواب: ومن صغيره نقلتُ. فقولي: ويشهد للفرق أمور أي للفرق الذي أشرتُ إليه باختلاف العمل في الفرعين لأن الأمور الثلاثة وهي القاعدتان وأصل ابن القاسم شاهدةٌ بصحة الفرق بين الفرعين فرع الالتزام المصحوب بالقيد الشرطي وفرع الالتزام المجرد عن ذلك القيد.

وقولي: فالقيد الشرطي خصوصية في الفرع مانعة من الإلحاق حسبما تقرر في محله. المراد بالفرع الفرع القياسي وهو الالتزام المصحوب بالقيد الشرطي فإذا لا يصح إلحاقه بالالتزام المجرد عن القيد الشرطي حتى يتقى، وله حكمه وهو عدم لزوم الالتزام، وللموصي الرجوع عن الوصية. فهذا الإلحاق باطل لاشتمال الفرع المقيس على خصوصية فيه

خلا عنها الأصل المقيس عليه . وهذا المعنى من قواعد القياس ومبطلاته ، وقد مرّ تقرير ذلك مستوفى فلا وجه لإعادته .

قولي : ولأن القاعدة أنّ «ما لزم الأخص لا يلزم الأعم» هذا الشاهد الرابع جلبته مثلتُ به الشواهد المذكورة في هذا الجواب التي شهدت لصحة الفرق بين الفرعين فرع الالتزام المصحوب بالقيّد الشرطي وفرع الالتزام المجرد عنه . والشواهد المذكورة هي القاعدتان وأصل ابن القاسم - رضي الله تعالى عنه - وبين هذا الشاهد الرابع أنّ التزام الموصي عدم الرجوع المصحوب بالقيّد الشرطي أخص من التزامه البسيط أي المجرد عن القيد المذكور . ودليل كون الالتزام المصحوب بالقيّد الشرطي أخص من التزام المجرد عنه .

قاعدة أنّ «الأخص ما زاد قيّدًا» وإذا كان قبول الرجوع في الالتزام الأول وهو الفرع الأخص لأخصيته ، فأخصيته قد تمنع إلحاق الفرع الأعمّ في ذلك الحكم لأجل كونه أعمّ غير أخصّ ، والأخصية هي مناط الحكم المذكور ، فاعرف ذلك . وقاعدة «ما لزم الأخص قد لا يلزم الأعم» ذكرها الشيخ الوانوشي في العتق الأول من حواشيه ، واعرف تقريرها وعزوها والاستدلال بها [22 ب] في الورقة 141 من الرابع .

قولي : وعلى هذا ، اسم إشارة عائد على التقدير المفهوم من السياق وهو ما به العمل في فرع النازلة وهو فرع الالتزام المصحوب بالقيّد الشرطي وشواهد المذكورة ، ودخول الفاء على ما بعد اسم الإشارة دلّ على شرط محذوف بُني الكلام عليه وتقدير الكلام : وإذا فرّعنا على هذا التقدير فجهل الموصي الخ ، وهذه الجملة وما بعدها إلى آخر الجواب هي الحكم المقصود بسؤال السائل . وقد صدرتُ به في صدر الجواب لكن ختمتُ به تأكيد الوقوع مخالفةً من تقدمتُ مخالفته فيه وهو الفقيه محمد الأندلسي ومن استهواه مكابرةً واستهواءً وإغراءً فالإسعاف وإل له

غرض في نيل غرضٍ دنيوي عمله له إذ ذاك الفاجر أحمد الفرشوخ صاحب تلك النازلة فاستهوى له لأجل ذلك ولمطاوعة قرينه الفقيه محمد قشور والحاج سالم النفاتي حيث خدماً قضية الفرشوخ المذكور لنيل ما نالا منه من ذلك. وكابر جميعهم وغطوا الحق وخطوه. وربك بالمرصاد يعلم ما تكن صدورهم وما يعلنون. وقد قرره ذلك كله ومباحثه في الورقة 198 من السابع، ونظيرتها في الورقة 19 من الثالث وفي الورقة 165 منه.

قولي: فجعل الموصى في هذه النازلة إلى قولي ومبطل لرجوعه عنها، جعل الموصي مبتدأ مصحوباً بالفاء الداخلة في جواب إذا الشرطية المدلول عليها بهذه الفاء حسبما مرّ، ونقله عطفاً على المبتدأ واستعماله عطف كذلك، كلها مبتدآت لأن المعطوف على المبتدأ بمنزلة وموجب وهو خبر المبتدأ، ومبطل عطف على الخبر. وحاصله في هذه الجملة تعدد المبتدأ وتعدد الخبر وضمير عنها عائد على وصيته، ووصفت العمل العاضد للجعل والنقل والاستعمال بكونه منفرداً بالأعمال احترازاً من عمل يعارضه أو ترجيح يقابله على أن الترجيح الذي يقابل ما به العمل ملغى إذا كان مشهوراً فضلاً عما تحته في الترجيح على ما مرّ من كلام الشيخ ابن ناجي. فنفيت بقولي المنفرد بالأعمال توهم من يزعم ترجيحاً مع ذلك العمل كالفقيه قشور والفقيه الأندلسي المتمسكين في معارضة ما به العمل بمجرد نقل الرصاع وجود خلاف من حيث نقده على مجرد دعوى الاتفاق لأنه ساقه مساق أعمال الرجوع أو ترجيحه.

وقولي: وفي هذا القدر وكفاية الخ، الجواب أتيت به للإيدان بفقد بصيرتهم وعدم مراقبتهم للديان، وياويحهم من الله يوم ﴿لَيْسَ لَ الصَّادِقِينَ عَنْ صِدْقِهِمْ﴾⁽¹⁾ وقد ثبت في الصحيح (أشدّ الناس عذاباً يوم القيامة

(1) القرآن : الأحزاب 8.

رجل أشركه الله في حكمه فأدخل عليه الجور في عدله). وثبت في الصحيح أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم تسليماً - قال لكعب بن عجرة (أعاذك الله يا كعب بن عجرة عن إمارة السفهاء) قال: وما إمارة السفهاء يا رسول الله؟ قال: (أمراء يكونون من بعدي لا يهتدون بهديي ولا يستنون بسنتي، فمن صدقهم بكذبهم وأعانهم على ظلمهم فأولئك ليسوا مني ولست منهم ولا يردون على الحوض. ومن لم يصدقهم على كذبهم ولم يُعِنهم على ظلمهم فأولئك مني [23 أ] وأنا منهم وسيردُون على الحوض) الحديث نقله الشيخ أبو إسحاق الشاطبي في البدع عن معجم البغوي من طريق جابر بن عبد الله - رضي الله تعالى عنه - وفي الورقة 16 من كتاب الشيخ الشاطبي المذكور ما نصه: خرّج الطحاوي - رضي الله تعالى عنه - أن النبي - صلى الله عليه وسلم تسليماً - قال (ستة ألعنهم ويلعنهم الله وكل نبي مُجاب: الزائد في كتاب الله، والمكذب بقدر الله، والمتسلط بالجبروت يذلّ به من أعزّ الله ويعزّ به من أذلّ الله، والتارك لسنتي، والمستحل لما حرّم الله، والمستحلّ من عترتي ما حرّم الله) فانظر من تسلط على إذلال شرع الله تعالى وهو قد أعزّه الله تعالى ومن يعزّ أهل الباطل وهو يعلم أنهم على الباطل ما حرّم الله أي ما حرّمه الله. وقاعدة عقائد أهل السنة المتهاون كافر. وما توفيقني إلا بالله عليه توكلتُ وإليه أنيب. وصلى الله علي سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً.

الحمد لله، سألني الحاج ساسي بن محمد علوان في سابع شهر ربيع الأول الشريف عام 1006 [هـ / 19 أكتوبر 1597 م] عن مسألة رجل زوج ابنته البكر في حجره من رجل وجهازاً لبيتها معتبراً وهو: فرشان تامان من الأردية القلعية والطابع والمطروز وغير ذلك. ثم بعد مدة وقع بين الزوجين مكالمة وحكم القاضي بينهما بالسكنى بين جديدين

فوجد الزوج بيتاً في دار لا تصلح لسكنى مثلها لأن البيت لا ترفع القراقطن⁽¹⁾ ولا الجهاز المشار إليه. فهل يُقضى على الزوج بيت تصلح لحمل جهازها وحوائجها في السعة والرفاهية أو له إسكانها ولو بيت ضيقة عن ذلك ومترهلة وتُحرّم من الانتفاع بجهازها وتخرجه إلى غير محل سكنها؟ والسلام.

أجبتُ عنه بما نصه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذُكر فعلى الزوج إسكانها بيت صالح لحمل جهازها وحوائجها في سعته ومناسبته لذلك. أما بيتٌ ضيق عن حمل ذلك ومترهّل يضرّ ترهّله وضع الحوائج الرفيعة فيه فلا، وهذا لا ينافي كون السكنى للزوج مع بقاء العصمة لأن إلزام الزوج في هذه النازلة بيتاً مناسباً لما ذكر مطلوبٌ فراراً من ضررها بيت غير مناسب لذلك، وقد قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم تسليماً- (إذا اجتمع ضرران نُفي الأصغر للأكبر، وإذا التقى مكروهان ارتكب أخفهما). والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، الحديث الشريف في أول مسائل الضرر من البرزلي ونقلته في الورقة 33 من الرابع وفي الورقة 157 منه. ونقل الشيخ البرزلي هنالك عن فتوى الإمام المازري ما نصه: اتفقوا على رفع الضرر حيث ما وجد أخذاً بالعموم سواء كان في بدن أو مال أو حرمة، اعرفه هناك.

قلت: في الأخذ بالعموم الذي ذكره بحثٌ من حيث نقله الاتفاق عليه لما وقع من تقسيم الضرر ممّا يقطع باتفاق وما لا يقطع باتفاق وما هو مختلفٌ فيه في الورقة 12 من مسائل الضرر من البرزلي، وفي آخر شركة [23 ب] الشامل في ترجمة وثيقة بابتياح حصّة من الدار، ومن الطرر في الورقة 51 منها. وأوعبتُ ذلك كله في قضية القاضي حسن بن

(1) كذا ورد بالأصل. وقد يأتي بلفظ قرقطون وهو جملة ألواح الفراش. انظر دوزي 2 : 344.

رسول في الورقة 51 منها و 147 من السابع، فاعرف ذلك فهو يظاھرُهُ حيث قسم الضرر الأقسام المذكورة ينافي ما قاله الإمام المازري من الاتفاق على وجوب رفعه مطلقاً فاعرفه . وكثيراً ما رأيتُ الاضطراب في فروع أهل المذهب في غير هذا الفرع، اللهم إلا أن يكون معنى الاتفاق على وجوب رفعه في بدن أو مال أو حرمة إنما هو بحسب الأنواع في الجملة، وأما بحسب الأفراد ففيه التفصيل المذكور في كلام غيره . والله تعالى أعلم، وبه التوفيق . وفي الورقة 14 من النكاح الثالث من صغير ابن ناجي في قولها: لأن البيت بيته، من بحث اختلاف الزوجين في متاع البيت ما نصه: وأقام شيخنا - حفظه الله تعالى - يعني البرزلي من قولها لأن البيت بيته أن السكنى للزوج يسكن في أي دار شاء ولا كلام للزوجة، انتهى . وله في تاسعة طلاق السنة من صغيره في قولها: وإذا انهدم المسكن فدعته المرأة إلى سكنى دار أخرى ودعا الزوج إلى غيره فذلك لها . إلا أن تدعوه المرأة إلى ما يضرُّ به لكثرة كراء أو ضررٍ فتُمنع ولو أسقطت الكراء سكنتُ حيث شاءت، ما ذكره هو المشهور . وقال ابن عبد السلام: لا يبعد أن يكون القول قوله كما كان ذلك قبل الطلاق . وردّه شيخنا ابن عرفة بأنه قبل الطلاق مقارن معها في السكنى فكُلّف حكمه .

قلت: فلأجل إقامة البرزلي والشيخ ابن عبد السلام والشيخ ابن عرفة قلت في أصل جوابي: وهذا لا ينافي كون السكنى للزوج مع بقاء العصمة يسكن بزوجته حيث شاء . ثم بيّنتُ وجه عدم المنافاة بقولي لأن إلزام الزوج في هذه النازلة بيتاً مناسباً لجهازها وحوائجها في اتساعه وصحته فراراً من ضررها أي من ضرر الزوج بها ببيت يراه الزوج وهو لا يناسبها في اتساعه وصحته وهذا لأن ضيق البيت يحرمها من كون أسبابها معها، فتُمنع من التمتع بأسبابها وترهله يضرُّ الأسباب الرفيعة

بما يلحقها من غبار الترهل . وأُتيتُ بالحديث الشريف دليلاً لوجوب ارتكاب الأخفّ من الضررينّ ضرر الزوج في إلزامه بيتاً يناسبها في ما ذكر وهو لا يناسبه في غلاء كرائها أو في سوء جوارٍ أو نحوه وضرر الزوجة في إلزامها بيتاً لا يناسبها في ما ذُكر . فاعرف ذلك بخفة أحد الضررينّ وشدّته هي المعنى الذي يدور معه الحكم في النازلة .

ووقع في أول خلع صغير ابن ناجي من كتاب التخيير والتمليك في قولها وإن كان الخلع⁽¹⁾ تخاف المرأة من نشوز أو ظلم ظلمها أو أضرّ بها لم يجرّ له أخذ شيء منها ، فإن أخذه ردّه ومضى الخلع . ابن ناجي : أراد بالضرر ضرر البدن وبالظلم ظلمها في مالها وأعمّ فلا تراكُف في كلامه ، وبه يفسّر قول ابن الحاجب : ولو خالعتة لظلمه أو ضرره فلها استرجاعه . وقال ابن عبد السلام : الظاهر أن ظلمه لها وإضراره بها كالمترادفينّ ، وهو بعيد لما قلناه ، انتهى من ابن ناجي . وله في خاتمة النكاح الثاني من صغيره في قولها : وجائز أن يقيم عند أم الولد ما شاء ما لم يضارر ، ظاهره أن كفّ الضرر واجب .

وقال ابن الحاجب : ويجب [24أ] القسم للزوجات دون المستولدات إلا أن الأوّلَى العدل وكفّ الأذى . واعترضه ابن عبد السلام بأن لفظ المدونة يدل على أن كفّ الأذى واجب ، وذكر لفظها . وردّه شيخنا ابن عرفة بوجهين أحدهما أن المحكوم عليه بالأوّلَى مجموع العدل وكفّ الأذى لا مجرد كفّ الأذى فقط . الثاني أن الأذى غير الضرر وأخفّ منه فلا تنافي بين كون ترك الأذى أوّلَى وكون كفّ الضرر واجباً ودليل كونه غيره وأخفّ منه قوله تعالى ﴿لَنْ يَضُرَّكُمْ إِلَّا أَذَى﴾⁽²⁾ من ابن ناجي . واعرف الورقة 156 من السابع وأواسط جمادى الأولى عام

(1) كلمة غير مقروءة بالأصل .

(2) القرآن : آل عمران 111 .

1003 [هـ / أواخر جانفي 1595 م] وسادس عشر قعدة عام 1008 [هـ / 29 ماي 1600 م] .

الحمد لله ، سألني محمد بن محمد البيير الجربي في سابع ربيع الأول المذكور عن نسخة رسم بعد حمدلته : أوقع الزوج الحاج بالفضل الرياحي المذكور فيه على زوجه لالأهم بنت أحمد القروي المذكورة معه فيه طلقاً واحدة بائنة ملكت بها أمر نفسها منه وبانت بها عنه ، على أن اعترفت بقبض جميع دين صداقها عليه المذكور في ما بين أسطر هذا ، وأبرأته من قدره مباراة تامة بحيث إنها لا تدعي عليه بدعوى من سبب ذلك ، وأبرأته أيضا من نفقة العدة والسكنى ومن نفقة الحمل الظاهر بها ومن رضاعته ونفقته إلى البلوغ إن كان ذكراً وإلى البناء إن كانت أنثى ومن حضائنه وكسوته ومن جميع ما يجب على الوالد من نفقة ولده . وكذلك أبرأته أيضا في نفقة البنت منها الصغيرة السن المسماة عائشة وحضنها وكسوتها إلى البناء . تحملت بذلك كله عن المطلق المذكور وعارفة قدر ما تحملت به عنه . وفي إشهاد الزوج المذكور أنه أسند البنت المذكورة وما يتزايد لها لوالدها المذكورة تنظر لها في جميع أمورها وكافة شؤونها وتزوج البنت بعد بلوغها لمن شاءت وقبل البلوغ إن نظرت لها ذلك ، فعلى هذا وصفته وقع الطلاق المذكور فلا رجعة له عليها إلا بنكاح جديد مستوفى لشروطه . وشهد عليهما بذلك وهما بحال الجواز والصحة . وعرف الرجل وتقرر التعريف بالمرأة بتاريخ غرة ربيع الثاني من 997 [هـ / 17 فيفري 1589] فلان وفلان ، كلاهما من عدول المنستير مرفوع على شهادتهما بتونس .

ونصّ السؤال بعد افتتاحه : جوابكم بعد تأملكم من النسخة المقيّدة أعلاه والحالة أن رجلاً قام بعد وفاة المطلق أثبت أن المطلق أسند له البنت وما يتزايد بالإيصاء له وأثبت ذلك بوثيقة استرعاء تاريخها بعد

التاريخ المذكور أعلاه لمدة أعوام. فهل يكون الرجل القائم وصياً أو يبطل الإيضاء المذكور أعلاه؟ أو هذا الإيضاء المنتسخ أعلاه صحيح عامل ويبطل ما أثبتته الرجل القائم بشهادة الاسترعاء لكون تاريخه متأخراً عن هذا بأعوام كما ذكر؟ والسلام.

فأجبتُ بما نصه بعد افتتاحه: تصفحتُ النسخ والسؤال المسطورين أعلاه وإذا كان الأمر كما ذكر فاعلم أن الإسناد المنتسخ أعلاه عامل إذا أسقط الإعذار فيه من يجب له الإعذار [24 ب] شرعا ولا يلتفت الى الإيضاء المذكور عن وجهين: الأول أن الإسناد الأول المنتسخ أعلاه جار مجرى المعاوضة لوقوعه عوضاً عما أبرأت فيه الزوجة وما تحمّلتُ به. وقاعدة المذهب أنّ «الخلع عقد معاوضة يملك به كل واحد من الزوجين المتخالعين ما صار إليه بالخلع» قاله غير واحد من شيوخ المذهب، وعقود المعاوضات لا رجوع فيها في مثل هذا. والوجه الثاني أن شهادة العوام غير عاملة في تحمّل الشهادة في مثل هذه النازلة في موضع به العدول منصوبون على ما وقعت الإشارة إليه في التّبصرة وغيرها، وبه وقع والفتوى ولا يُتوقّف، وطلاق وثيقة القائم على اجتماع الوجهين بل كل واحد منهما على انفراده كافٍ في بطلانها. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، قولي: غير واحد، أشرتُ به إلى قول الشيخ الجد -رحمه الله تعالى - في مختصره الفقهي ما نصه: الخلع قال ابن محرز وعبد الحميد والتميطي وابن رشد وشيخنا البرزلي: معاوضة عن البضع تملك المرأة به نفسها ويملك بها الزوج العوض، زاد ابن رشد: ولا يُفتقر لحوز على المشهور، وزاد عبد الحميد: على الصحيح، وقيل: هبة وليس بعوض. وقال الشيخ الفشتالي - رحمه الله تعالى - في رابعة فصل الطلاق ما نصه: الخلع معاوضة عن البضع تملك به المرأة نفسها

ويملك به الزوج العوض ملكا ولا يفتقر إلى حيازة لأنه خرج على عوض بخلاف الصلة والصدقة . هذا هو المشهور في المذهب ، انتهى .

قولي : وعقود المعاوضات لا رجوع فيها في مثل هذا ، احتترزتُ بمثل هذا عن مثل الإكراه عليها ، فإن المُكْرَهَ على عقد المعاوضة له الرجوع في عقده إذا زال سبب إكراهه حسبما هي في 11 من ترجمة الغصب من البرزلي عن جواب ابن رشد ، وذيل عليه البرزلي هنالك الإحالة على تقدم أحكام الإيداعات والإكراه فلا معنى لإعادته . قلت : والموضع الذي تقدمتُ فيه تلك الأحكام هو الورقة 26 من بيوعه . واحتترزتُ بقولي : مثل هذا أيضا عن مثل الإيداع إذا قِيمَ به في المعاوضة على طريق (1) وغيره من أعمال الإيداع فيه خلافاً لطريق ابن رشد في ذلك . اعرف الطريقتين الأولى في الورقة 29 من بيوع البرزلي ، والثانية في كتاب العتق الأول من حاشية الشيخ الوانوفي . وأوعبتُ ذلك في صلح برنامج الشوارد ومرّ إيعابُهُ في الورقة 186 من الخامس .

وقولي : في مثل هذه النازلة ، معنى المثلية أن يكون المشهود فيه مما يُهْتَبَلُ به كالأنكحة ونحوها من العقود التي يهتبل بها في العادة والإيضاء بالأولاد مما يهتبل به في العادة . واحتترزتُ بالتحمل من الاسترعاء فإنه عامل بشهادة العوام ولذا قال في التبصرة في الورقة 88 منها : الناس غالبا إنما يقصدون بوثائقهم المعتبرة أعيان الشهود . فقولهُ يقصدون معناه التحمل بالقصد إلى إَشْهاد [25 أ] الأعيان وهم الشهود المنتصبون للشهادة ، فإن التحمل هو الذي معه القصد بخلاف الاسترعاء . فالتحمل هو تلقّي المشهود به بسببٍ اختياري ، وأما تلقيه بدون الاختيار فمن قرع سمعهُ صوت مطلق فهو الاسترعاء .

(1) يباض بمقدار كلمة في الأصل .

اعرف ذلك في بحث التحمّل من شهادات مختصر الشيخ ابن عرفة - رحمه الله تعالى - وأردتُ بوقوع الفتوى ما وقع في الورقة 26 من إرشاد الراغب من فتوى أهل عصره بذلك . والله تعالى أعلم، وبه التوفيق .

الحمد لله ، سألني أحمد بن محمد شرطان المنستيري في يوم الخميس عاشر ربيع الأول من عام 1006 [هـ / 22 أكتوبر 1597 م] عن نسخة إبراء ونسخة اعتراف . نص الإبراء بمراقبة أحد، بعد أن توفي أبو بكر الدبابي فورثته زوجته سلطانة بنت عبد الواحد من قبيله وأولاده ضيف الله وضياء ولطيفة وخديجة . ثم توفيت خديجة فورثها زوجها أبو القاسم بن عبد الواحد المذكور⁽¹⁾ وأولادها منه علي وعمر لا غير ذلك . وبعد أن كان ذلك حضر الآن لدى شهيديه لطيفة إحدى الورثة المذكورين وذكرت أن والدها المذكور لما أن توفي في سابق التاريخ خلف أسباباً تُورث عنه، وهي التي تفسرها بعد، وأملاكا داخل بلد المنستير وخارجها سواداً وبياضاً يكفي عن ذكرها وتحديدها، هي الآن مخلّفة عن الأملاك معروفة في مواضعها مشهورة .

قالت : فمن الأسباب شيء من الغزل وشيء من القماش والكتان وزيت وطعام ودراهم ومحروم لحم⁽²⁾ وثور من البقر، وأسباب معروفة باللباس ووزاري⁽³⁾ فراشه وقش داره ودراهم بذمة فلان الفلاني التي كان ضيف الله المذكور قبضها ممن ذكر، وغير ذلك من الأسباب مثل فرق بثمان صفائح ذهباً وقمرة⁽⁴⁾ ذهباً . وأشهدتُ لطيفة المذكورة أنها اطلعت

(1) في هذا الكلام خطأ واضح فإنّ أبا القاسم بن عبد الواحد لا يمكن أن يتزوج خديجة لأنها ابنة أخته سلطانة بنت عبد الواحد .

(2) كذا بالأصل .

(3) جمع وزرة وهو لباس وغطاء .

(4) كذا بالأصل ولعله نوع من الحلبي .

على مخلّف والدها المذكور من الأسباب التي ذكرت وما لم تذكر
اطلاعا شافيا واطلعت أيضا على الأملاك المخلفة عن والدها داخل
البلد وخارجه كيف ذكر وأحاطت بجميع مخلّفه نظراً واختباراً. وبعد
إشهادها بجميع ما ذكر اعترفت أنها قبضت جميع منابها الطائر لها من
جميع الأسباب المخلفة عن والدها المذكور وما لم تذكر التي اعترفت
أنها أطلعت عليها. وأبرأت شقيقتها ضيف الله المذكور من جرائم الإبراء
التام العام الحاسم القاطع لكل دعوى ومطلب إذ الأسباب المذكورة
كانت تحت يده بحيث إنها لم يبق لها من جراء الأسباب المذكورة حق
ولا تباعة ولا مطلب ولا دعوى ولا علق الأيمان ولا متكلم بحال
لاعترافها بقبض نصيبها من جميع ذلك أبرأتها أيضا من جراء استغلال
الأملاك المخلفة عن والدها المذكور التي اعترفت بمعرفتها من حين
وفاة والدها المذكور إلى الآن. وقدر ذلك اثنا عشر [25 ب] عاماً
فارطة عن التاريخ بعد تطلّعها على ذلك واعترافها بقدره لقبضها العرض
عن ذلك ومن جميع الدعاوى كلها وكافة المطالب جملة بأسرها، ما
كان منها بالشهادة أو غيرها في ذمة أو أمانة، وفي جميع ما سبق هذا
التاريخ أو تأخر معرفة أنها لم تودع ومسقطة في ذلك الإيداع والإيداع
فيه تابعاً ما بلغ وتناهى وتسلسل إلى أبعد غاية وأقصى نهاية، بحيث إن
قامت بعد هذا الإبراء المذكور على شقيقتها ضيف الله المذكور وتدعي
بدعوة في الأسباب التي ذكرت أو لم تذكر أو في جميع استغلال الأملاك
المخلفة عن والدها المذكور أو تحتج بحجة أو تأتي ببينة فدعواها كاذبة
وحجتها ساقطة وبيئتها زور وإفك لا يلتفت إليها ولا يعول عليها بذلك
وهي بنعت الجواز وعرفها من غير تقرير التعريف. بتاريخ أو اسط شوال
عام 999 [هـ / أواخر جويلية 1591 م] فلان ابن فلان الفلاني. انتهى.

ونص الاعتراف: الحمد لله، اعترف ضيف الله بن أبي بكر الدبابي أن في ماله وذمته لشقيقته لطيفة عشر كرونات ذهباً عيناً من جراء استغلال أملاك والدها المذكور لمدة قدرها اثنا عشر عاماً فارطة ومن جراء أسباب مخلّفة عن والدها المذكور يُكتفى عن ذكرها هنا. وأنظرتُهُ في دفع ذلك لانقضاء عصر حبّ الزيتون الآتي عام تاريخه فإذا حلّ الأجل لا يدعي لها في ما ذكر فقراً ولا عدماً معترفاً بالمال والقدرة. شهد على إشهاده بذلك وهو بنعتِ الجواز وعرفه أواسط شوال عام 999 [هـ / .. أواخر جويلية 1591 م] بدر الدين السوسي وشاهد الإبراء.

ونص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأملكم من نسخة الإبراء ومن نسخة الاعتراف المذكورتين أعلاه، وأن لطيفة المذكورة قامت وذكرت أنها كانت تواطت مع شقيقها ضيف الله المذكور على أن تُبرئه من الأسباب والاستغلال وتشهد له بالقبض ويشهد لها بالعشر كرونات إلى أجل وأنها فعلت وأشهدت على نفسها أنها توصلت إلى منابها كيف ذكر في رسم الإبراء، والأمر في الحقيقة بخلاف ما كتب في رسم الإبراء. ثم أنها اكتفت وطلبت شقيقها في الكرائن التي أشهد لها بها فعارضها برسم إبرائها واعترافها بقبض منابها من عين المخلف. فهل تُقبل دعواها المذكورة ويبطل رسم الإبراء ورسم الاعتراف لتعارض شهادة الشاهد فيهما. وقد سأل الحاكم شاهدهما عن ذلك فقال: العشر كرونات لا يُسقطها الإبراء المذكور وصدق دعوى المرأة لما ذكرت في حقيقة الأمر وثبتت شهادته بهذا عند القاضي أولاً تُقبل دعواها ولا تصديق الشاهد إياها؟ والسلام.

فأجبتُ بما نصه بعد افتتاحه: تصفّحتُ النسختين المسطورتين والسؤال أعلى هذا، وإذا كان الأمر كما وُصف فما ذكرته لطيفة وأدلتُ به في القدح في إبرائها وفسخها مقبول عامل وهو أنها تواطت مع شقيقها

على [26 أ] جعل إبرائها في الأسباب المذكورة والاستغلال في مقابلة التزام شقيقتها لها بالعشر كرونات المؤجلة . والدليل على قبول ما ذكرته شهادة شاهد الإبراء والاعتراف بما ذكرت حسبما ذكر في السؤال . ولفظ الاعتراف قرينة في صدق شهادة الشاهد المذكور . وإذا كان قولها مقبولاً معمولاً به وجب فسخ إبرائها به قطعاً بحق الله تعالى لاشتماله على معاوضة ذهب مؤجل عن ذهب وفضة وعرض ، وهذا لا يجوز عملاً بأصل قول مالك - رضي الله تعالى عنه - . هذا هو الظاهر في هذه النازلة . والله تعالى أعلم ، وبه التوفيق .

تذييل ، إنما لم تصدق لطيفة في دعواها مجردة عن شهادة شاهد الإبراء والاعتراف بتصديقها مع أن القول قول مدعي الفساد في المعاملات حسبما هو في الورقة 180 من السابع لأنها قد أكذبت في إبرائها قيامها بدعوى احتجاجها بحجة وإتيانها بيينة وقبول قولها بحق الله تعالى في الربا عارضه معارض وهو اتهامها على إرادتها الفسخ لحقتها ، فسقط قولها فلم يبق موجب يوجب قبول دعواها إلا شهادة الشاهد المذكور . فلهذا قلت في الجواب : والدليل على قبول ما ذكرته لطيفة شهادة شاهد الإبراء والاعتراف الخ . وإنما جعلت لفظ الاعتراف قرينة في صدق الشاهد - والقرينة أضعف من الصريح - لأن لفظ الاعتراف من جراء استغلال الأملاك ومن جراء أسباب مخلفة عن والدها فيحتمل ذلك أن تكون أسباباً أخر غير الأسباب المذكورة في رسم الإبراء ، بدليل قولها في الإبراء من الأسباب التي ذكرت وما لم تذكر ، فدلّ صريحاً أن من المخلف أسباباً لم تذكر في رسم الإبراء ، فيحتمل أن تكون هذه الكرائن من تلك الأسباب التي لم تذكر ، فتأمل . فلهذا الاحتمال جعلت بعض الاعتراف مجرد قرينة لصدق الشاهد وألغيت التمسك بلفظ الأسباب المذكورة في الاعتراف بالاختصار عليها دون ضميمة شهادة الشاهد

المذكور وتمسكه بشهادة الشاهد، فهي الصريح الدالّ على الربا الموجب لفسخ الإبراء. فاعرف ذلك.

قولي: وإذا كان قولها مقبولا بتصديق الشاهد المذكور وجب فسخ إبرائها بحق الله تعالى لاشتماله على معاوضة ذهب مؤجل عن ذهب وفضة وعرض وهذا لا يجوز. ضميرُ به عائد على قولها المقبول وهو أنها تواطأت مع شقيقتها على ما ذكرت، وضمير اشتماله عائد على الإبراء.

في ثانية صرف المدونة أصل قول مالك - رضي الله عنه - في بيع ذهب بفضة ومع أحدهما أو مع كل منهما سلعة، فإن كانت سلعة يسيرة تكون تبعاً جاز، وإن كثرت السلعة لم يُجزِ إلا أن تقلّ ما معها من ذهب أو فضة وهذا كله نقد وإن كان الذهب أو الورق والغرض أن كثيره لا ضمير فيه [26 ب]، انتهى. والشيخ المغربي في سابعة صرف صغيره هي ثلاث مسائل: إحداها ذهب وسلعة بفضة، والثانية فضة وسلعة بذهب، والثالثة ذهب وسلعة بفضة. وقوله: فإن كانت السلعة يسيرة. قال أبو موسى بن مناس: أن تكون قيمتها أقل من دينار، انتهى. ومعنى أصل قول مالك أي قاعدة قول مالك، قاله ابن ناجي.

قلت: والنازلة فيها فضة الدراهم بذهب الكرائن ومع فضة الدراهم ذهب الصفائح والقمرة والعرض وهو الحوائج والطعام والزيت والربع وغلته. فهو فضة وذهب وعرض بذهب وكله كثير.

قلت: ويليه قول المدونة المتقدم ما نصه: ولا يجوز بيع فضة وذهب بذهب ولا بيع إناء مصوغ من ذهب بذهب وفضة في سابعة الصرف من سابعة الشيخ المغربي ما نصه: قوله ولا يجوز بيع فضة وذهب بذهب المسألة... العلة في ذلك التفاضل فإن مالكا - رضي الله تعالى عنه -

كان يرى بالإففاض فإذا فضضت الذهب على الذهب والفضة كان ما ينوب الفضة من الذهب أكثر منه أو أقل أو مثله. والجهل بالتمائل كتحقق التفاضل. وأبو حنيفة يجهز هذا ولا يرى بالإففاض، ونوقض عليه بعشرة دنانير وقرطاس بعشرين ديناراً فيلزمهم أن يجعل القرطاس مقابلاً لإحدى العشريتين من العشرين والعشرة الأخرى مقابلة للعشرة التي مع القرطاس. وقد أجاز التفاضل بين الذهبين والفضتين جماعة من العلماء منهم ابن عباس - رضي الله عنهما - وأهل الظاهر، وحثهم قوله - صلى الله عليه وسلم تسليمًا - (لا رباً إلا في النسيئة) ومعناه عندنا في الجنسين، انتهى من المغربي. وفي صرفها أيضاً: ولا يجوز بيع سلعة ودراهم كثيرة بذهب لأنه بيع وصرف، وإن كانت دراهم يسيرة أقل من صرف دينار جاز ذلك كله نقداً. وإن نقدك من الذهب حصّة الدراهم ويتأخر ما قابل السلعة لم يجز. الشيخ المغربي في سابعة صرف صغيره: لو كانت السلعة يسيرة لجاز، ومراده بالدراهم اليسيرة ما دون صرف دينار.

قلت: حاصل المسألة النازلة أن فيها على مراعاة شهادة شاهد الاعتراف كرائن في مقابلة دراهم وذهب الصفايح والقمرة وعروض استغلال فيدخلها من علل الفساد الجهل بالتمائل عند الإففاض، وهو على الشك في تحقق التماثل فهو كتحقق التفاضل، على ما مرّ في قول الشيخ المغربي: فإذا فضضت الذهب على الذهب والفضة الخ بناء على مراعاة ذهب وفضة في مقابلة ذهب. ويدخل أيضاً اجتماع البيع والصرف بناء على مراعاة فضة الدراهم والعروض التي معها في مقابلة الكرتن. ومرّ الآن قول المدونة: ولا يجوز بيع سلعة ودراهم كثيرة بذهب لأنه بيع وصرف. ومرّ قول الشيخ أبي موسى بن مناس: شرط جوازه أن تكون قيمة السلعة أقل من دينار. والعروض في النازلة كثيرة جداً والدراهم

أيضا كذلك كثيرة لأنها الدراهم التي بذمة فلان وقبضها منه ضيف الله، الملتزم بالكرارين ودراهم قيمة الاستغلال واجتماع البيع والصرف ممنوع على المشهور إلا في اليسير. صرح به ابن ناجي في ثلاثة صرف كبيره وقدر [27 أ] اليسير الذي يجوز اجتماعهما فيه دينار. قال الشيخ بهرام في وسطه: لأنه يسير مغتفر، وهو مذهب المدونة ولا فرق بين أن يكون البيع تابعا أو متنوعا للضرورة.

وللشيخ ابن ناجي في الورقة 14 من صرف كبيره في قولها: وأصل قول مالك - رضي الله تعالى عنه - في بيع ذهب بفضة ومع أحدهما أو مع واحد منهما سلعة النخ حيث ذكر القول الأول إن اجتماع البيع والصرف في النازلة جائز. قال: ولا يشترط كون الصرف تابعا للبيع ولا العكس، قاله ابن حبيب وعزاه ابن يونس والباقي للمدونة لأن الضرورة داعية إلى الوقوع في مثل هذه الصورة كثيرا ولا يمكن كسر الدينار. ثم قال الشيخ ابن ناجي: وأما إذا اجتمع البيع والصرف أزيد من دينار أو في دينارين أو في ثلاثة أو في أكثر، فإن كانت السلعة يسيرة جاز وإلا فلا، وفسر أبو موسى بن مناس أن تكون السلعة أقل من دينار كالصرف، حكاه ابن يونس انتهى. وفي بعض حواشيه: وقاله ابن محرز قبله، انتهى.

فإن قلت قد جعلت الدراهم كثيرة في النازلة بإضافة قيمة الاستغلال إلى الدراهم التي بذمة فلان فما وجه اعتبار الدراهم في التقويم دون غيرها؟ قلت: وجهه ما صرح به في كتاب الشركة من المدونة، إنما تقوم الأشياء بالدراهم. نقله الشيخ ابن ناجي في الورقة 11 من صلح كبيره عن كتاب الشركة منها قائلًا: وفي موضع آخر ربع دينار. قال المغربي في موارد - والله تعالى أعلم -: إن الأشياء إنما تقوم بأحدهما حيث تجري الدنانير والدراهم متساوية. وأما إن كان أحدهما هو الجاري

والآخر لا يجري فيلغى التقويم بغير الجاري، انتهى من ابن ناجي .

قلت: إذا فرعنا على ما في الشركة لأنه صريح في المسألة فالأمر واضح، أمّا إذا فرعنا على ما أصل الشيخ المغربي فغالب الجاري بموضع النازلة هو الدراهم ولو سلم فالسلعة في النازلة وهي العروض كثيرة، والمسوّغ لاجتماع البيع والصرف يسارة الجميع، يسارة السلعة ويسارة الدراهم. وفي النازلة علتان أخريان إحداهما تأخير الكراين التي التزم بها ضيف الله لأخته وشهد بها عليه شاهد الاعتراف والإبراء، فيدخل عقدهما ربا النسيئة أيضا، والثانية عدم نقدها الغلة المستهلكة لأنها بعض عوض الكراين ومعرفتها بقيمة المستهلك المعاض عنه مطلوبة. اعرفه في ثانية صلح كبير ابن ناجي وفي الورقة 11 منه وفي أول صلح صغير الشيخ المغربي، وأوعبت النقل فيه في الورقة 11 من السادس. واعرف في قوادح هذه النازلة ما وقع في الورقة 94 من السادس وفي الورقة 95 منه أيضا.

وقد أجاب سيف الدين عن هذا الإبراء وزاد سائله في سؤاله أن لطيفة القائمة أودعت في إبرائها. فأجاب بإبطال الإبراء لأجل الربا ولأجل الجهالة بقولها وما لم تذكر ولأجل الإيداع المذكور. وأجاب فيه إبراهيم الكلثومي بإبطال الإبراء أيضا والإيداع غير ناهض الاحتجاج به في هذه النازلة لأنها قد أسقطته وأسقطت البينة والحجة، فاعرف ذلك واعرف وجوه الخلل الواقعة في الورقة 181 من السابع. والإبراء [27 ب] في جزء الأملاك بالميراث ولا تُسمى الأملاك في منه عن الورقة 36 من شفعة كبير ابن ناجي وغيرها.

الحمد لله، سألني عاشور السّماوي ثانيا عن رسالة التاجر مولا هم التركي من قسنطينة في أواسط ربيع الأول الشريف عام 1006 [هـ / أواخر أكتوبر 1597 م] عن مسألة رجل تزوج امرأة من ذوات القدر

وأبوها ممن يتقى جاهه لكونه من أهل المناصب المخزنية، ووقع بينهما شأن فطلب على الطلاق فطلّقها الزوج على أن ردّ عليه أبوها بحكم حجّره عليها معجلها وأبرأه في الكالي وفي جميع مطالب الزوجة. والحالة أن الزوج من أهل التجارة منسوب للعافية وممن يُقدّر عليه. فبعد الطلاق استظهر والد الزوجة باسترعاء أنه غير راضٍ ما ردّ على الزوج وما أسقط عنه من الحقوق وادّعى الغضب في ذلك. فهل من يُقبل قوله مع أن الزوج مقدورٌ عليه، وأبو الزوجة بالعكس من ذلك أم لا؟ والسلام.

فأجبتُ عنه بما نصه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذُكر فقول الأب في هذه النازلة غير مقبول لأن ما ذُكر في السؤال من وصفه ومن وصف الزوج مظنة تقتضي في العادة رفض دعوى الأب أنه معصوب من الزوج. والقاعدة أن «كلّ دعوى تنفيها العادة وتكذبها فإنها مرفوضة» حسبما ذكره في الجواهر وعضده الشيخ ابن عرفة بالدليل من المدونة وغيرها. والقاعدة أيضا أن «كل ما يصدّق شرعا فإنما يصدّق ما لم تكذّبه العادة» صرح بذلك الشيخ أبو عبد الله محمد ابن عظيم في جواب الاعتذار من كتابه تذكير الغافل وتعليم الجاهل، وعزا القول به لغير واحد من شيوخ المدونة. هذا حكم قول الأب إذا تجرّد عن بينة، فإن صحب قوله بينة بالغضب لا مدفع فيها وأسقط الإعذار فيها من يجب له الإعذار احتمال أن يقال يُعمل بمقتضاها في رد الزوج ما قبض، لأن العادة المذكورة بينة صامته وهي تنزل منزلة شاهد واحد فلا تعارض البينة الناطقة التي هي بينة كاملة.

واحتمل أن يقال: لا يُعمل بمقتضى بينة الأب الناطقة بالغضب ولا يردّ الزوج ما قبض ويمضي الخلع عملا بما وقع في باب الخلع من المختصر الفقهي للشيخ الجد المشار إليه - رحمه الله تعالى - ونصه:

أفتى شيخ شيوخنا الإمام ابن عرفة - رضي الله تعالى عنه - بعدم رجوع المرأة بما أعطته إن كانا ببلد فيه قاضي، والخلع ماض لرضاها باستراحتها في شراء عصمتها، وأفتى أهل وقته بذلك، انتهى.

وأقول: هذا الاحتمال الثاني هو الأظهر في النظر والأولى بالصواب، إن شاء الله تعالى، فليُعمَل بمقتضاه عملاً بفتوى الأشياخ المشار إليهم، وتشهد لفتواهم فروع في المذهب منها فرع المعتدّة لا تنتقل من مسكن العدة لضرر الجوار وترفع ذلك إلى الإمام. قال الشيخ أبو الحسن الصغير - رحمه الله تعالى - لم يجعل لها في المدونة ضرر الجوار عذراً يبيح لها الانتقال، لأنها تملك أن ترفع ذلك إلى الإمام. ومنها فرع الناشز إن [28أ] نشزت في موضع يُقدَّر على ردّها منه فلها النفقة مدة النشوز، وإن كانت بحيث لا يُقدَّر على ردّها فلا نفقة لها. قال الشيخ الجد - رحمه الله تعالى - قاله الشيخ أبو الحسن القابسي وبه العمل الآن. ومنها فرع من حلّف غريمه عالماً ببيئته لا قيام له بها لأن مذهب الأكثرين من المالكية وبه الفتوى أن إعراضه عنها كاف في تركها عن التصريح به. وعلى هذا فلا دعوى ولا بينة للأب المذكور في هذه النازلة عملاً بما قررت في الطرفين. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، عضد الشيخ ابن عرفة لكلام الجواهر وقع في أواسط بحث الحيازات في الورقة 54 من شهاداته. وكلام الشيخ الجد في كتاب التذكير وقع في الورقة 106 منه ذكر القاعدتين هنالك وعزاهما لغير واحد من شيوخ المذهب، وكرر القاعدتين في الورقة 162 منه في جواب الاعتذار 17. وذكر القاعدة الثانية غير واحد وابن يونس والمغربي أوائل ستور صغيره في قول المدونة. وإن قال لمعتدّة: قد راجعتك فأجابته نسقاً بكلامه، قد انقضت عدتي الخ.

وذكرها الشيخ ابن ناجي في قول المدونة المذكور ومن ستور صغيره وكبيره وهؤلاء الشيوخ ابن يونس ومن عطف عليه هم مرادي بشيوخ المدونة، إلا أن الشيخ الجد - رحمه الله تعالى - حيث عزاها للشيوخ المسمَّين إنما هو في الورقة العاشرة من إرشاد الراغب وكرره في سادسته وفي الورقة 36 منه، وذكرت القاعدتين في أواسط محرم عام 1006 هـ / أواخر أوت 1597 م.]

قولي: هذا حكم قول الأب إذا تجرَّد عن بيّنة، هذه الجملة هي جواب سؤال السائل حيث قال في سؤاله، فهل يُقبل قول الأب مع أن الزوج مقدور عليه وأب الزوجة بالعكس، لكن لما كان قول الأب معروضا لمصاحبة بيّنة تشهد له بدعواه الغضب ابتغى أن نُنبّه على جواب هذا المعنى نهتُ عليه. وأعطيتُ حكمه بقولي: فإن صحبَ قوله بيّنة الخ. ولا يعترض أن يُقال هذا تبرُّع والمفتي لا يكون متبرِّعاً لأننا نقول قول السائل: هل يقبل قول الأب محتمل لأن يريد قوله مجرداً أو مصحوباً بالبيّنة، وعاقبة كاتب السؤال في الغالب مظنة الاحتمال والاحتمال هو سندي في التنبيه على الوجهين، فلا تبرع بحسب ما ذكر.

وقولي: هذا الاحتمال الثاني هو الأظهر في النظر والأولى بالصواب إن شاء الله تعالى فليُعمَل بمقتضاه عملاً بفتوى الأشياخ المشار إليهم هذا جواب عملاً⁽¹⁾ إذا قامت بيّنة تشهد للأب بالغضب، ووجه كون هذا الاحتمال الثاني هو الأظهر في النظر والأولى بالصواب اقترائه بشهادة الفروع الثلاثة المذكورة لهذه الأظهرية والأولية. ولا يُقال: الغضب إذا شهد به ينافي طيب نفس الأب بما أعطى ويوجب رده إليه. فكيف لا تكون حجة للأب توجب قبول قيامه في ردِّ ما أعطى، لأننا نقول: الغضب في النازلة إذا ثبت بيّنة، لأن لازم بيّنة الضرر عدم طيب

(1) كذا وردت الجملة بالأصل.

نفس المعطي بما يعطي ولازم بينة الغصب عدم طيب نفس المعطي بما يعطي [28 ب] وكما لا تسمع بينتها بالضرر في رد ما أعطت فكذا لا تُسمع بينتها بالغصب في ردّ ما أعطت لوجود الجامع بين الفرعين وهو علة حكمهما، وهو كونها ببلد فيه قاضٍ لتمشية الأحكام الشرعية وردّ يد العدا، بحيث تركتُ الرفع لمن يرفع ضررها حتى حُمِلتُ على طيب نفسها بما أعطت أو على ترك حقها في ذلك. كذلك فرع النازلة حيث ترك الأب الرفع لمن يرفع غضبه يُحمَل على طيب نفسه بما أعطى أو على ترك حقه في ذلك، فهذا تقرير وجه التمسك بفتوى الشيخ ابن عرفة وأهل وقته في فرع النازلة وهو فرع غضبٍ لمساواته لفرع الضرر في علة حكم.

قولي: وشهد بفتواهم فروع في المذهب. اعرف هذه الفروع، فقد أوعبتُ نقلها وعزّوها في باب الخلع من برنامج الشوارد الذي حاذيتُ به الشامل بما فيه كفاية. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

قولي: عملاً بما قررته في الطرفين، أحد الطرفين نفي الدعوى المجردة عن البينة أي إهمالها، وثانيهما الدعوى المصحوبة بالبينة. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

الحمد لله، سألني التاجر محمد الجربي في يوم الثلاثاء 15 ربيع الأول المذكور لمحمد سجين البنزرتي من بنزرت عن مسألة رجل استضافه ضيفان بداره وليس فيها إلا بيت واحد، فأراد أن يبيتهم معه في البيت كعادته بهم وبغيرهم هو وزوجته بركن البيت ينامان وينام الأضياف بركن البيت الآخر، فمنعته زوجته من ذلك فألح على مبيتهم بالبيت فخرجتُ الزوجة مع والدته وأولاده لسقيف الدار بقصد المبيت فوقعتُ بينهما مكالمة. فقال لزوجته: عليّ اليمين ما بقيتُ تكوني لي بامرأة،

والحال أنه لم ينطق بيمين. وسئل عن بساط يمينه فقال: ما قصده إلا اليمين بالله تعالى، جوابكم والسلام.

فأجبت بما نصه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر ولم تحضره بينة على مقالته المذكورة، فإن أحبّ البقاء على زوجته فله ذلك بعد أن يكفر عن يمينه المذكورة، وهو مخير إما إن يطعم عشرة مساكين مسلمين أحراراً مداً لكل مسكين من طعام الفطرة أو يغديهم ويعشيهم سبعهم خبزاً مآدوماً، وإما أن يكسوهم لكل واحد ثوباً مع خمارة للمرأة، وإما أن يعتق رقبة مؤمنة. فإن لم يجد واحداً من الثلاثة الأنواع صام ثلاثة أيام متتابعة ويبقي حينئذ على زوجته - إن شاء الله تعالى - وبه التوفيق.

تذليل، الكفارة على ترتيبها ولا يجزيه الصوم مع قدرته على ما قبله، وهو نص المدونة في أول باب اليمين من الشامل، وفي أول الأيمان والنذور من المدونة. وإن قال: عليّ يمين إن فعلت كذا، ولا بينة له فعليه كفارة يمين كقوله عليّ عهد أو نذر. ابن ناجي في صغيره: حمل يمينه على اليمين الشرعية وهو صواب، وقول [29 أ] بعض شيوخنا القياس على قاعدة الأيمان أن يلزمه ما يحلف به عادة ضعيف فيقوم منها ما أفتى به الشيخ أبو علي بن علوان - وكان مفتياً بتونس في من قال: أيمان المسلمين تلزمني أنه يلزم ثلاث كفارات باليمين بالله تعالى. فكانه يقول: أيمان المسلمين الجائزة ثلاثة تلزمه جميع الأيمان، وأخذ منها من قال: عليّ ثلاثون يمينا أنه يلزمه ثلاثون كفارة وهو اختيار اللخمي، وقال محمد: تلزمه الأيمان كلها لأنه لم يقصد إلى شيء بعينه ولا بأي الأيمان حلف فيلزمه الطلاق والعتق والصدقة والمشى والكفارة كأشد ما أخذه أحدٌ على أحد، انتهى من صغير ابن ناجي. زاد في كبيره ما نصه: قال اللخمي فحمل محمد قوله: إذا قال عليّ يمينٌ أنها مختلفة

الأجناس ولو كان كما قال أوجب مثل ذلك إذا قال: عليّ يمين لأنه لم يقصد إلى شيء بعينه فلا يدري بأي الأيمان حلف، انتهى.

قلت: إذا كان قوله عليّ يمين، ولا نية له عليه كفارة يمين بالله فأحرى إذا كانت له نية في بالله تعالى أن تلزمه كفارة يمين، وتكون النازلة أحرورية على مسألة المدونة أن تلزمه فيها كفارة يمين فتأمله، لكن بشرط عدم نيته على يمينه كما شرطت في أصل جوابي عملاً بقاعدة الأيمان. وأراد بعض شيوخ ابن ناجي -وهو الشيخ ابن عرفة، حيث ما قال بعض شيوخنا- وذلك لقلّة قراءته عليه فإنما قرأ عليه ابن الحاجب. هكذا قال ابن ناجي في أول خطبة كبيره⁽¹⁾ فأراد بقاعدة الأيمان قاعدة الأخذ فيها بالأشدّ وإنما منع في هذه النازلة من الأخذ بالأشدّ فيها وبغالب عرف الناس في أيمانهم هو قول الحالف إنه نوى باليمين بالله تعالى ونيته عاملة إذا لم يأسر بيّنة كما شرطت في جوابي عملاً بقاعدة الأيمان حيث «تُقبَل النية فيها إذا لم يكن على اليمين بيّنة». فلو تجرّد كلام الحالف في النازلة عن نية لزمه اليمين المعهودة في عرف الناس عملاً بالعمل بالأشدّ في الأيمان، ولو كانت عليه بيّنة لسقطت نيته وشدد عليه كذلك.

قلت: وما أفنى به الشيخ ابن علوان مشكل، فقول الشيخ أبي عبد الله المغربي في القاعدة السابعة من قواعد العموم والخصوص في الورقة 43 من ترتيب القواعد ونصّه: إذا حلف بأيمان المسلمين فحنث فمشهور فتاوى الأصحاب يلزمه كفارة يمين وعتق رقيقه - وإن كثروا - وصوم شهرين متتابعين والمشى إلى بيت الله في حج أو عمرة وطلاق امرأته، وهل واحدة أو ثلاث خلاف، والصدقة بثلث ماله ولا يلزمه غير ذلك، ودليله العادة القولية. ونقله القاضي ابن فرحون في ثالثة الباب 57 من

(1) انظر مقدمة شرحه على التهذيب الورقة الأولى من مخطوط دار الكتب الوطنية بتونس رقم 5233.

تبصرته عن الفرق 28 من فروق الشيخ شهاب الدين القرافي - رحمه الله تعالى - .

قلت: فلو كان لفظ اليمين واقعا في كلام الرسول [29 ب] - صلى الله عليه وسلم - أو في كلام العلماء - رضي الله تعالى عنهم - لَوَجَبَ حملهم على عرفهم وهو الشرعي ، ولا ينظر فيه إلى نيته إلا ما يقترن من السياق عملا بما وقع في الثالثة القاعدة من قواعد النحو من ترتيب القواعد والفروق . ونصه قوله : عرّف يحمل كلامه على عرف كقوله - صلى الله عليه وسلم - (من حلف واستثنى عاد كمن لم يحلف) يُحْمَلُ على الحلف الشرعي وهو الحلف بالله تعالى لأن الحلف بالطلاق والعتاق من أيمان الفساق ، انتهى . ونقله القاضي ابن فرحون في ثالث الباب 57 من تبصرته من الفرق الثالث من فروق الشيخ شهاب الدين - رحمه الله تعالى .

الحمد لله ، سئل الحاج سالم النفاتي عن مسألة امرأة خرجت من دار زوجها على وجه الغيضية وقام أخوها على الزوج مدعيا أنه أضر بها وضربها وأنها لا تسكن بدار أبيه وإنما تسكن بين جيدين مع أنها لم تشتك ضرره قبل ولم تتقدم لها غصبة أخرى قبل هذه . فهل يُقضى لها بالسكنى عند جيدين أو ليس لها ذلك ، وللزوج ردها لدار أبيه حتى تتكرر شكايته وضررها منه؟ والسلام .

فأجاب بما نصه بعد افتتاحه : إذا كان الأمر كما ذكر ولم تتكرر الشكاية بالزوج المذكور فلا تمكّن المرأة من السكنى بين الجيدين . والله تعالى أعلم .

وسألني الشريف عبد اللطيف النجار في يوم الخميس 17 ربيع الأول المذكور الجواب فيه فكتبت : الصحيح تلوه بأن الجواب المذكور أعلاه صحيح وبمثله أجيب . والله تعالى أعلم ، وبه التوفيق .

تذييل ، اعرف في هذا الجواب فرعه فهو مذكور في 24 رمضان عام 1003 [هـ / 2 جوان 1595 م] والورقة 40 من الخامس والورقة 33 من الرابع والورقة 150 من الخامس أيضا فهي موعبة هنالك ، والله تعالى أعلم .

الحمد لله ، سألني محمد الرواحي العوني لأحمد بن عبد الله زبيدة البنزرتي في يوم الجمعة 18 ربيع الأول الشريف المذكور عن نسخة رسم بعد افتتاحه يعرف شهوده فاطمة بنت عبد الله زبيدة البنزرتي في يوم الجمعة 18 ربيع الأول الشريف المذكور معرفة تامة ويشهدون بأنها مصابة في عقلها غير ضابطة لسعيها ممن تُخدَع في بيعها وابتاعها ، مفتقرة لناظر ينظر لها في أمورها وكافة شؤونها . ويشهدون مع ذلك بمعرفة شقيقتها أحمد معرفة تامة ، وأنه هو الكافل لها منذ ستة وعشرين عاما وهو المنفق عليها في الطعام والشراب منذ خمسة أعوام فارطة ولم يزل كافلا لها إلى الآن . ويشهدون فيه بأنه أهل لأن يُقدّم على شقيقته المذكورة لأهليته لذلك وصلاحيته بهذه الحالة . عرّفه شهوده وبها خبروه لم ينتقل عنها كل ذلك في علمهم ولا تبدّل عنها بحال سواها . وشهدوا بذلك هنا أواخر رجب عام 1005 [هـ / أواسط مارس 1597 م] فلان وفلان [30 أ] إلى آخر سبعة رجال مؤدّى على أسمائهم بخط نائب بنزرت أحمد بن محمد بن فتح الله عرّف أبو الأوذان . ويليهم عامل ومقدم ويتلو ذلك رسم العمل والتقديم بشهادة شاهدين من شهود بنزرت مرفوع على شهادتهما عند قاضي تونس الآن .

ويتلو النسخة سؤال نصه بعد افتتاحه : جوابكم بعد تأملكم من نسخة الوثيقة المقيّدة أعلاه والحالة أن فاطمة المذكورة كانت في كفالة شقيقتها أحمد المذكور مدة خمسة وعشرين عاما واستقرت في كفالة شقيقتها أحمد وحده بعد وفاة أبيها منذ خمسة أعوام كما أشرتُ إلى ذلك أعلاه ،

وقال شقيقها لدى من يجب ببلدهما وأثبت الوثيقة المنتسخة أعلاه، فقام بعدُ زوج بنت من بنات فاطمة يريد نزعها من كفالة شقيقها أحمد المذكور وتكون في كفالة ابنتها عنده والحالة أنهم ببلد واحد وحومة واحدة ولم يكن منه في ذلك تكلم بعد وفاة أبيها بوجه. فهل رسم التقديم المذكور أعلاه صحيح عامل وليس لزوج بنت فاطمة نزع فاطمة من شقيقها من غير قاذح فيه أم لا؟ والسلام.

فأجبتُ بما نصه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذُكر فتقديم القاضي عامل وليس للقائم المذكور مخالفته ونزعها من تقديمه من غير قاذح شرعي، كما لو قدم القاضي مقدماً على الحبس فذلك لأن تقديم القاضي كحكمه في القضايا. قاله في الوثائق المجموعة حتى قال في النهاية: لا يُعزلُ مقدّم القاضي على يتيم بموت القاضي. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، قول الوثائق المجموعة وقع في الورقة 32 من حبس الشيخ البرزلي ونصه في الوثائق المجموعة: إذا قدم القاضي أحداً على الحبس فلا يعزله من جاء بعده إلاً بموجب، لأنه كحكمه في القضايا. قلت: لما كانت العلة في كون تقديم القاضي على الحبس كحكمه هي الاحترام لقوله فلا يعزله من جاء بعده، ألحقتُ تقديم القاضي في النازلة على المصابة في عقلها بتقديمه على الحبس، وجعلتُ تقديمه على الحبس أصلاً لفرع تقديمه في النازلة من باب لا فارق بجامع العلة وهي الاحترام، فقد ظهر من العلة استواء الفرعين فيها. ألا ترى إلى قولهم القياس إلحاق فرع بأصل لمساواته في علة حكمه عند المطلق، ودليل صحة الإلحاق قول صاحب النهاية الذي أوردته في الجواب في فرع تقديم القاضي على اليتيم حيث قال: مقدمه لا يُعزلُ بموت القاضي الذي قدّمه ولا بعزله، فهذا دليل احترام التقديم وأن علة عدم عزله هي

الاحترام. فصح الإلحاق بتلك العلة ووجود الجرحه ينافي الائتمان الذي هو فائدة التقديم ودليل حرمة القضاء ومنصبه.

قول الشيخ ابن عرفة 19 من أفضيته: جعلوا حرمة القضاء ومنصبه يصير القاضي وإن كان واحداً كالاثنين نقلاً، لأن له تنفيذ ما شهد به عنده فينفذ ما قضى به وإن كان واحداً، وكذا نقله [30 ب] عن شهود شهدوا عنده بخلاف ناقل عن شهود ليس له أن يقضي بشهادتهم. اعرف بقية كلامه هنالك وكتاب النهاية هو للشيخ المتيطي: النهاية والتمام، في معرفة الوثائق والأحكام، نقل عنه ذلك الشيخ ابن عرفة في خامسة وكالاته. واعرف 11 من وكالات الشيخ ابن عرفة أن مقدم

القاضي على اليتيم هل هو نائب عن القاضي أو عن والد اليتيم، والقاضي هو الذي أقامه نائباً عن والده؟ فاعرف ذلك هنالك واعرف الورقة 27 من الجزء الثاني.

الحمد لله سأل قاسم بن علي الحجيج الحمام. (1) بسوق باب الجديد ذكر أن عمه الأمين أحمد الحجيج في يوم الأربعاء 23 ربيع الأول الشريف المذكور عن مسألة رجل وقع بينه وبين زوجته منكرة وترافعا لدى من يجب على السكنى بدار جديدين ومنزل الرجل بربض باب الجزيرة فأراد إسكانها بربض باب السويقة قصد الإضرار بها وتغريبها عن مكانها وإبعادها عن قرابتها وزوارها غرضاً فيها، فامتنعت المرأة وطلبت السكنى بمكانها الذي دخلا فيه حين التزويج لما يلحقها في ذلك من الضرر. فهل القول قول الرجل في ذلك أو قول المرأة؟ والسلام.

فأجاب عنه الحاج سالم النفاتي بما نصه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر وقصد الرجل المذكور الضرر بسكنى المرأة المذكورة بربض

(1) بياض بمقدار كلمتين بالأصل.

باب السويقة فلا يمكن من ذلك وعليه أن يسكن بها في مكان يليق بها .
والله تعالى أعلم، وبه التوفيق .

وسألني قاسم صاحب النازلة في اليوم المذكور الجواب فيه فكتبتُ
تلوه: الحمد لله، الجواب⁽¹⁾ المقيد أعلاه عن هذه النازلة المسطورة
أعلاه بمثله أجيب . والله تعالى أعلم، وبه التوفيق .

تذييل، اعرف قضية الحاج ساسي علوان في بحث الضرر وقطعه في
سابع هذا الشهر وهو ربيع الأول الشريف المذكور⁽²⁾ .

الحمد لله، سألني محمد الطرودي حدّاد باب السويقة، في يوم الأحد
27 ربيع الأول الشريف المذكور عن مسألة رجل وقع بينه وبين زوجته
مشاجرة إلى أن طلبت السكنى بين جديدين، وطلبت منه نفقتها بدار
الإسكان، وطلبت منه ضامناً في ذلك فضمنه رجل في نفقة عام واحد .
ثم أن الزوج فُلس في الكسوة وأثبت حاله في ما عدى النفقة القوتية
وطلبت المرأة الضامن في ما تكفل لها به عنه والحالة أنه ودّى لها نفقة
سبعة أشهر وعجز الضامن أيضاً . فهل يلزم الكفيل ما تكفل لها به أم لا؟
وإذا قلت بلزومه فهل إذا حضر لها زوجها عليه غرم أم لا؟ والسلام .

فأجبت بما نصه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فإن كان الضمان
في إحضار الزوج دون المال، فإذا أحضره لها عند القاضي برئ من
الضمان، وإن كان ضمانه في [31 أ] نفقة العام فلا يبرأ من ضمانه إلا
بإقامة بينة بعجزه عنها أو عن بقيتها . والله تعالى أعلم، وبه التوفيق .

الحمد لله، سألني أحمد قرانة الحمامي وهو ولد لطيفة المذكورة بعد
عن نسخة وسؤال وجواب . نص النسخة بعد افتتاحه: اعترف الفقيه

(1) بالأصل: الواجب، ولا معنى له هنا والإصلاح واضح .
(2) وردت المسألة أعلاه من هذا الجزء في الورقة 23 أ .

محمد ابن الفقيه أحمد العاصمي التميمي الحمامي أن الشقيقتين فطيمة ولطيفة بنتي سالم العاصمي تملكان معه النصف على الشيع من جميع الدويرة قبلية الباب المنفردة بالقسمة من الجهة القبالية والمشملة على بيتين اثنتين إحداهما غربية الباب والأخرى جوفية الباب الكائنة داخل بلد الحمامات . ومُعَرَّفَة الدويرة المذكورة بدار العاصمي . يحدها الدويرة المذكورة قبله حيث يفتح بابها وشرقاً سور البلد المذكورة وجوفاً دويرة لورثة الفقيه أحمد العاصمي وغرباً طريق هنالك ، بحقوق النصف المذكور ومنافعه وطُرُقُه ، ومن حقوق النصف المذكور الدخول من باب الدار المذكورة والعلو المعتملي عليه ، وأن النصف المذكور باقٍ معه في الدويرة المذكورة ، وأنه لم يخرج عن ملك الشقيقتين فطيمة ولطيفة المذكورتين بيع ولا بهبة ولا بصدقة ولا بوجه من الوجوه التي تخرج بها الأملاك عن مالكيها ولا عن حوزهما حتى الآن اعترافاً صحيحاً عرف قدره قولاً بالحق وعملاً به وقوفاً عند حدوده . شهد على إشهداه بذلك في الصحة والظوع والجواز بتاريخ أوائل صفر الخير عام ثلاثة وألف [1003 هـ / أواسط أكتوبر 1594م] بمعرفة فلان وفلان من عدول بلد الحمامات مرفوع على شهادتهما عند قاضي تونس .

وتحتة سؤال بعد افتتاحه : جوابكم بعد تأملكم من الاعتراف المستنسخ أعلاه ، والحالة أن الفقيه محمد العاصمي المعترف المذكور فيه ادعى أنه اشترى من لطيفة المذكورة فيه منابها من الدويرة المعترف لها به وأن شراءه لذلك منها منذ سبعة عشر عاماً فارطة عن التاريخ ، والحالة أن اعترافه المذكور منذ ثلاثة أعوام فارطة كما ترونه أعلاه ، وادعى أن له بينة تشهد له بدعواه . فهل الاعتراف المنسوخ أعلاه صحيح عامل؟ ولا يقبل من الفقيه محمد العاصمي المعترف المذكور ما ادّعاه وبينته كاذبة . إلى أن يثبتها على ما ادّعاه باعترافه المذكور فلا تقبل منه ولا يعمل بها مع الاعتراف المذكور أم لا؟ والسلام .

ونص الجواب بعد افتتاحه: تأملتُ نسخة رسم الاعتراف وما تحته من السؤال، وإذا كان الأمر كما ذكر وثبت الاعتراف المذكور كما يجب فهو صحيح عاملٌ ولا يقبل من الفقيه المذكور دعوى الشراء من لطيفة في التاريخ الذي ذكر لاعترافه أنها مالكة بعده إلى تاريخ الاعتراف المذكور ولو أقام بينة على وفق دعواه لا تُقبل منه لأنه أكذبها باعترافه المذكور. وقد قال بعض الشيوخ إذا أكذب المشهود له شهادة في لفظ ما شهد به سقطت شهادتهم وسلمه غير واحد من شيوخ المذهب. [31 ب] والله تعالى أعلم.

فأجبتُ تلو ذلك بما نصه: الحمد لله، إذا ثبت الاعتراف المذكور منذ ثلاثة أعوام فهو عامل على المعترف المذكور وناسخ لشرائه من لطيفة المعترف لها الذي تاريخه منذ سبعة عشر عاما فلا يعمل بالشراء المذكور مع الاعتراف المذكور كما وقع الجواب به أعلاه. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، اعرف في هذا الفرع ما وقع في الورقة 8 ومن تبصرة ابن فرحون عن ابن لبابة: إذا أكذب المشهود له الشاهد في بعض ما أشهد له به، ونقلته في الورقة 125 من السادس وهو في الورقة 79 من تذكرة الغافل للشيخ الجد - رحمه الله تعالى - . واعرف الورقة 19 من المطالب اليقينية في حكم العداوة الدنيوية للشيخ الجد ففيها إيعاب ذلك. واعرف مع هذه النازلة جواب المسراتي وعظفي عليه لمسعود الجربي قريبا. واعرف قضية ولده اللواتي على يد سالم الكيال هنالك.

الحمد لله، سألتني ناصر الدين الشخاوي لقريبه عبد السلام بن بالنور اللوز في يوم الأربعاء موفى ثلاثين شهر ربيع الأول الشريف المذكور عن مضامين ثلاثة: نص الأول بعد افتتاحه، هذا مضمون فصل من نسخة تفاصيل في مخلف علي ابن الحاج عبد السلام ابن الفقيه بركات

اللوز. قال شهوده: نسخة التفاصيل المذكور أنه ثابت لدى من يجب بعد فعل الواجب فيه لذلك وهو مؤرخ بأواخر محرم عام اثنين وستين وتسعمائة [962 هـ / أواخر ديسمبر 1554 م].

مضمون الفصل المذكور ما نصه: وقد تخلف عن المتوفى منابه من نصف الدار الغربية الباب المشترية من ابن الأمين يحدّها قبلة دار دريرة مع الربع من الدار المجاورة جوقاً لهذه الدار، مع منابه من حوانيت الحياكة الكائنة تجاه دار النجاع قرب باب الجبلي أوقف جميع مخلف أبيه من الربع في ما عليه من الدين لجانب حبس الحاج قاسم اللوز حتى يقع الخلاص فيه، وكذا مناب إخوته محمد وبالنور وعبد الرحمن فلم يقع في ذلك قسم ولا استرداد لأجل الدين بعد أن طولع في ذلك من يجب ووافق عليه. انتهى مضمون الفصل الأول.

ونص الثاني بعد افتتاحه: هذا مضمون فصل من تفاصيل مكتوب بطرة نسخة التفاصيل الأول وذلك بين ورثة التاجر محمد شقيق الحاج عبد السلام المذكور أعلاه في متروكه ومن ورثته زوجته عائشة عبودة وحفصة البلالا وأولاده منهما. ذكر شهود نسخة هذا التفاصيل أنه بشهادة الفقيهين العدلين فلان وفلان ثابت لدى من يجب. وهو مؤرخ بأوائل رمضان عام تسعة وأربعين وتسعمائة [949 هـ / أواسط ديسمبر 1549 م]. مضمون هذا الفصل ما نصه: أن وكلاء الرشداء منهم والأوصياء اتفقوا ورأوا من السداد والصلاح المصالحة في الديون عن يمين القضاء كي يقع الرفق بالأولاد الباقين وعلى أنهم تركوا للأولاد حظوظهم من القش المخلف عن أبيهم ومن حظه من القيسارية القريبة من زاوية ابن صيود من صفاقس إلى آخره. [32 أ]

ونص الثالث بعد افتتاحه: هذا مضمون فصل من نسخة رسم، والنسخة بشهادة عدلين من عدول البلد المذكور، ذكر أنّ الأصل بشهادة

الفقيه العدل أحمد القيسي مؤرخ الأصل بأواخر محرم عام اثنين وستين وتسعمائة [962 هـ / أواخر ديسمبر 1554م] وذكر شهيدا نسخة الرسم المذكور الموقوف على شهادة شاهد الأصل فهو الفقيه أحمد القيسي المذكور وسماع ثبوته ممن يجب بعد الرفع على خطه وبعد الواجب كما يجب .

مضمون الفصل المذكور ما نصه : وتوفى محمد ابن الحاج عبد السلام وأخوه علي وفُوصِلَ في متروك علي المذكور وورثته ومن ناب عن شقيقه بالنور الذي هو الآن على حال الأسر وأوقف النصف من الدار الغربية الباب بالقرب من الحميدية المعروفة بالحاج محمد بن الأمين مع ربع الدار المحاذة لها جوقاً فنصف القيسارية المشتراة من ورثة العلوا بالقرب من باب الجبلي حتى يتحقق ما عليه لجانب حبس الحاج قاسم اللوز، انتهى مضمون الفصل المنسوخ وهو ثالث المضامين .

ونص السؤال بعد افتتاحه : جوابكم - كان الله لكم - بعد تأملكم من نسخة المضامين المذكورة أعلاه وقد قام الآن عبد السلام بن بالنور بن الحاج عبد السلام ابن الفقيه بركات اللوز على محمد ابن التاجر محمد شقيق الحاج عبد السلام المذكور في حوانيت الحاكّة المسماة بالقيسارية المذكورة في المضامين الثلاثة ادّعى عبد السلام القائم المذكور أن له فيها النصف الشائع من ورثة أبيه بالنور المذكور وعن أبيه المذكور، وأبوه بالنور عن أبيه الحاج عبد السلام المذكور . فأنكره محمد المقوم عليه في الحقية له ولأبيه ولجده الحاج عبد السلام المذكور، واحتج على ما أنكره بأمور : الأول أن الحاج عبد السلام القائم المذكور وليس بيده ما يقتضي الحقية في القيسارية المذكورة فضلا عن النصف فيها . الثاني الحيازة عليه وعلى أبيه بالنور قبله . الثالث أن بيده رسم شراء أبيه التاجر محمد شقيق الحاج عبد السلام للقيسارية المذكورة من ورثة

العلوا باشراً أبوه التاجر محمد شراءها باسم نفسه وتضمن رسم الشراء أن أباه التاجر محمد المباشر للشراء أرسل إلى شقيقه الحاج عبد السلام وقت غيبته إذ ذاك بتونس أذن له في دفع مناب بعض البائعين من الثمن فدفعه . وتاريخ الشراء والإذن بأواخر شعبان وأواخر رمضان من عام سبعة وثلاثين وتسعمائة [937 هـ / أواسط أفريل وماي منه 1531 م] . ولم يتضمن رسم الشراء ولا رسم الإذن أن الثمن المأذون في دفعه أي وجهه هو . وأجاب عبد السلام القائم المذكور عن الأمر الأول بما في المضمون الأول أعلاه في مفاصلة مخلف عمه علي شقيق أبيه بالنور، وأن من مخلفه منابه من الربع المذكور فيه وهو نصف دار ابن الأمين وربيع الدار المجاورة لها ومنابها من حوانيت الحاكة وأوقف مناب أبيه بالنور ومناب أعمامه علي ومحمد وعبد الرحمن وأبيهم الحاج عبد السلام من الربع المذكور في ما على الحاج عبد السلام من دين الحبس فهذا يدل على حقوقهم [32 ب] كلهم في الربع المذكور القيسارية وغيرها وبما في المضمون الثاني أعلاه في مفاصلة التاجر محمد والد محمد المقوم عليه حيث قال في المفاصلة تركوا للأولاد حظوظهم من القش المخلف عن أبيهم و من حظه من القيسارية، فهذا يدل على أن الذي لأبيهم التاجر محمد فيها إنما هو حظها لا جميعها، وبما في مضمون الرسم الثالث من المضامين أعلاه حيث قال : وأوقف النصف من الدار المعروفة بابن الحاج محمد بن الأمين مع ربيع الدار المحاذة لها جوفاً ونصف القيسارية المشتراة من ورثة العلوا قرب باب الجبلي فهذا يدل على أن نصف القيسارية لجانب أولاد الحاج عبد السلام ومنهم بالنور الذي هو إذ ذاك على حال الأسر كما ذكر فيه .

فالمفاصلة الأولى تضمنت المناب للحاج عبد السلام وأولاده من الحوانيت القيسارية، والمفاصلة الثانية التي بطرة الأولى إنما تضمنت

أنَّ للتاجر محمد والد محمد المقوم عليه حظاً فيها لا كلها ولم يفسر في الأولى قدر المناب ولا في الثانية قدر الحظ لكن المضمون الثالث قد أفصح بالنصف .

وأجاب عبد السلام القائم المذكور عن الأمر الثاني وهو الحيابة بأن أباه بالنور معظم عمره على حال الأسر أولاً وبقي في الأسر سنتين ثم أسر ثانياً ثم مات أسيراً بمالطة - دمرها الله تعالى - وتركه هو وبقية إخوته أصاغر فمدة حضوره بين الأسريين بصفاقس أقل من عشرة أعوام . ومحمد المقوم عليه استولى على الحوانيت القيسارية بالتصرف والاستغلال لأجل حضوره وغيبة أبي وصغر أولاده .

وأجاب عبد السلام القائم المذكور عن الأمر الثالث وهو كون التاجر محمد الأذن لم يذكر في إذنه أن المال المأذون في دفعه من مال الرُّوكية ولا من غيرها . فإن قال بعد أن ظهر الاشتراك في القيسارية من المفاصلة الأولى بمنابها فيها وفي الربع المذكور ومن المفاصلة الثانية بخط التاجر محمد فيها دون كلها ، وظهر من الرسم الثالث الاشتراك أيضا فيها من الإفصاح بالنصف . فهذا يُغني عن أن نذكر في رسم الإذن أن المال المدفوع من مال الرُّوكية . وأيضا فإن رسم الشراء تاريخه سابق على تاريخ المفاصلتين وعلى تاريخ الرسم الثالث بستتين حسبما ذكرتُ تاريخها أعلاه . فلو كان المشتري يختص به التاجر محمد المتولي الشراء وهو والد محمد المقوم عليه لذكروا ذلك في رسم المفاصلتين وفي الرسم الثالث وخصوصا في مفاصلة بين ورثته ، وكلها بالشهادة العادلة وثابتة لدى القضاة . فهل رضي الله عنكم تنهض الأمور التي احتج بها محمد المقوم عليه في بطلان حق عبد السلام القائم وأشراكه بالقيسارية وتنهض أجوبة عبد السلام القائم المذكور وحقه وهل اشتراكه بالنصف في القيسارية عامل؟ جوابكم عن ذلك فصلا فصلا شافيا تؤجرون ، [33 أ] والسلام .

أجبت عنه بما نصه بعد افتتاحه : إذا كان الأمر كما ذكر فأجوبة عبد السلام القائم هي الناهضة، وما احتج به محمد المقوم عليه حججه داحضة، وحق عبد السلام وهو النصف في الحوانيت القيسارية عامل، ألا ترى إلى المفاصلة الأولى كيف أثبتت مناباً لأبيه بالنور ولجده الحاج عبد السلام ولعمري محمد وعبد الرحمن .

والمفاصلة الثانية التي بطرّة الأولى وهي الواقعة بين ورثة التاجر محمد متولي الشراء للحوانيت القيسارية إنما أثبتت للتاجر محمد متولي الشراء حظاً فيها . فلو كان جميعها له لذكر ذلك فيها ولم يقتصر على حظ له فيها خاصة . وذكر الشهود في نسختي المفاصلتين وقوفهم على أصلها وسماعهم بثبوتها ممن يجب كل ذلك مانع من تطرق خلل أو خدش أو وهن في إحدى المفاصلتين أو في الرسم الثابت أعلاه، ودال على اشتراك الجميع في القيسارية المذكورة دون اختصاص ورثة التاجر محمد متولي شراءها بجمعها كما زعمه ولده محمد المقوم عليه . والدليل على هذا أن شهادة الوقوف عاملة بتونس فإذا أشهدهم القاضي بإثباته وقالوا وسُمع ثبوتهم ممن يجب ارتفاع الإشكال واتفق على أعمال الرسم المثبت . الشيخ ابن عبد السلام والشيخ ابن عرفة وغيرهما حسبما صرح به الشيخ البرزلي والشيخ ابن ناجي في كبيره قائلًا : ونبه على هذا شيخنا أبو مهدي عيسى الغبريني ، انتهى . وثبوتات القضاة لها اعتبار شرعي حتى قيل إن الثبوت حكم وهو أحد القولين فيه ، عزاه الشيخ ابن عرفة لفهم ابن رشد المذهب .

وتصريح الرسم الثالث من المضمونات أعلاه بالنصف يرفع التنازع بين الخصمين في قدر المناب المذكور في المفاصلة الأولى وفي قدر الحصص المذكورة في المفاصلة الثانية ، لأن القاعدة أن «المفسر يقضي على المجمل» وتمسك محمد المقوم عليه بمباشرة أبيه التاجر محمد

لشراء القيسارية باسم نفسه مدخول لا يصحّ تمسكه به لوجوه منها تصريح مفاصلتهم التي بالطرة بأن لمورثهم التاجر محمد حظاً فيها ولم يذكروا سوى ذلك . ومنها وقوع التفاصيل في القيسارية والتصرف فيها بالإنفاق في المنابات الموقوفة لمعرفة قدر ما لجانب الحبس . ومنها ما تقرر في قاعدة من بيع عليه ملكه وما قيل فيها ممّا يطول الكلام عليه . فكل وجه من هذه الوجوه الثلاثة كافٍ لو انفرد في بطلان تمسك محمد المقوم عليه بعقد الشراء .

وهذا التقرير كما تراه يوجب نهوض حق عبد السلام القائم في النصف المذكور دون توقّف على ثبوت روكية ودون توقّف على تعيين حرمة المال المأذون في دفعه ، وقد أغنى [33 ب] إثبات الروكية أيضاً ما تقرّر من المنابات للحاج عبد السلام وأولاده بالنور وغيره في المفاصلة الأولى وما تقرر من حظّ للتاجر محمد في المفاصلة الثانية وما تقرر من الاشتراك والتنصيب على النصف في الرسم الثالث مع ثبوتات الأصول الثلاثة عند القاضي . ومع تأخرها كلها عن تأخير رسم شراء التاجر محمد ومن المستبعد في القاعدة أن تكون القيسارية كلها للتاجر محمد خاصة بتوليه شراءها . ثم يتفاصيل فيها ورثة غيره على حظوظ لهم فيها ويقف عليها العدول ويسمعون ثبوتها ممن يجب . ثم يتفاصيل فيها ورثة غيره على حظوظ لهم فيها ويقف عليها العدول ويسمعون ثبوتها ممن يجب ثم يتفاصيل فيها ورثة التاجر محمد وهو المتولي لشرائها على حظ له فيها خاصة . ويقف عليها العدول ويسمعون ثبوتها ممن يجب . فهذان التفاصيل الثابتان عند القضاة دالّان على أن المال في هذه القيسارية في نفس الأمر على خلاف ما يقتضيه رسم الشراء ، والدليل على العمل بالاستبعاد العادي وأنه موجب بطلان المستبعد في العادة .

قاعدتان: الأولى قاعدة «الدعوى إذا نَفَتْهَا العادة فهي مرفوضة غير مسموعة» نقله الشيخ ابن عرفة وعضده بقوله: مسائل المدونة واضحة به .

والقاعدة الثانية أن «كل من يصدق شرعا فإنما يصدق ما لم تكذبه العادة» قاله الشيخ المغربي والشيخ ابن ناجي في كبيره وغيرهما .

وبرسم الشراء الذي استظهر به محمد المقوم عليه سقط احتجاجه بالحيازة لصيروريتها حيازة على أصلها . وأصل ابن القاسم - رضي الله تعالى عنه - الغاؤها وأصلها ملغى لما مر من الدلائل وهو إلغاء الحيازة لا يفتقر إلى ثبوت غيبة بالنور المحوز عليه ولا إلى صغر أولاده، كما لا يفتقر مع الأصول الثالثة المنسوخة أعلاه وما تضمنت من التفاصيل ومن الاقتصار على حظ التاجر محمد خاصة . ومن الوقوف على الأصول المذكورة ومن سماع ثبوتها من القضاة إلى بينة بروكية في تقرر الاشتراك النصفي في القيسارية فهذا هو الحق الذي لا يحاد عنه في هذه النازلة ﴿وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ﴾⁽¹⁾ وهو سبحانه أعلم بمن اهتدى، وبه التوفيق .

تذييل ، لحل المشكل وعزو النقل قولي بأجوبة عبد السلام القائم هي الناهضة إلى قولي وحق عبد السلام وهو النصف في الحوانيت القيسارية عامل . هذا هو جواب محط السؤال المستفهم عنه بهذا، لكن هذا الجواب دعوى مجردة عن دليلها، فالدليل كون عبد السلام له الحق في القيسارية وكون الحق الذي له هو النصف ومن ألفاظ السؤال قائم ومقوم عليه، فالقائم في القيسارية هو عبد السلام حفيد الحاج عبد السلام والمقوم عليه فيها هو محمد ابن التاجر محمد شقيق الحاج عبد السلام المذكور .

(1) القرآن : الأحزاب 4 .

وقولي: ألا ترى إلى المفاصلة الأولى كيف [34 أ] أثبتت منبأ إلى قولي حظاً فيها، هذا مبدأ دليل الدعوى المذكورة وينتهي هذا الدليل إلى آخر قولي: فكل وجه من هذه الأوجه الثلاثة كاف لو انفرد في بطلان تمسك محمد المقوم عليه بعقد الشراء. وحاصل هذا الدليل أولاً إثبات مطلق الحق من المفاصلتين وثانياً إثبات الحق وتقييده بالنصف من الرسم الثالث المشار إليه بعد هذا بقولي أو في الرسم الثالث أعلاه. وقولي: فلو كان جميعها له لذكر ذلك فيها ولم يقتصر على حظ له منها خاصة ضمير جميعها يعود على الحوانيت القيسارية وضمير له عائذ على التاجر محمد شقيق عبد السلام، ولذكر ولم يقتصر كلاهما مبنيان لما لم يُسمَّ فاعله وفاعله المحذوف هو شهودها، الشاهدان فيها. وهذا الاستدلال يسمى عند أهل الأصول الاستدلال بالتلازم.

قال الشيخ أبو العباس أحمد حلولو في مختصره الأصولي في الباب الحادي عشر منه: ضابط الملزوم ما يحسن فيه: «أن» أو «لو»، وضابط اللازم ما يحسن فيه «اللام». ثم قال فيستدل بوجود الملزوم على وجود لازمه وبعدم اللازم على عدم الملزوم كالحيوان مع الانسان، انتهى. واعرف في هذا الاستدلال كلام النحويين في بحث «لو» في المعني للشيخ ابن هشام وشرّاحه في المقدمة له، وشرّاحها الشيخ خالد الأزهرى وغيره. وللشيخ شهاب الدين القرافي - رحمه الله تعالى - في الفصل الأول من الباب العشرين من شرح مختصر المحصول له ما نصه: الاستدلال وهو محاولة الدليل المفضي إلى الحكم الشرعي من جهة القاعدة لا من جهة الأدلة المنصوبة وفيه قاعدتان:

القاعدة الأولى الملازمات، وضابط الملزوم ما يحسن فيه «لو» وضابط اللازم ما يحسن فيه «اللام» كقوله سبحانه ﴿لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا﴾⁽¹⁾ وكقولنا: إن كان هذا الطعام مهلكاً فهو حرام، تقديره قوله:

(1) القرآن: الأنبياء 22.

لو كان مهلكا لكان حراما . والاستدلال إمّا بوجود الملزوم أو بعدمه وإما بوجود اللازم أو بعدمه . فهذه الأربعة منها اثنان منتجان واثنان عقيمان ، فالمنتجان الاستدلال بوجود الملزوم على وجود اللازم وبعدم اللازم على عدم الملزوم ، فكل ما أنتج عدمه فوجوده عقيم وكل ما أنتج وجوده فعدمه عقيم ، إلا أن يكون اللازم مساويا للملزوم فنتج الأربعة . كقولنا لو كان هذا إنسانا لكان ضاحكا بالقوة ، انتهى ما يمس منه هنا .

قلت : قول الشيخ حلولو كالحيوان مع الإنسان يشير إلى أن الحيوان لازم للإنسان فكل ما وجد إنسان كان وجود الآخر بخلاف العكس ، وكلما عدم حيوان عدم الآخر من غير عكس . وتقرير التلازم واستدلالي به في قولي : لو كان جميعها للتاجر محمد لذكر ذلك في مفاصلة ورثته ، هو من حيث التلازم العادي الدال على أن الورثة يذكرون في مفاصلتهم جميع متروك مورثهم . فإن العادة قاضية ودالة على أن الورثة إذا تفاصلوا في متروك مورثهم تتوفر دعاويهم على جميع متروكه ولا يتسامحون بسكوت أحدهم عن بعض المتروك للآخر . فالتلازم إذن بين كونه جميعها له وذكرها [34 ب] في مفاصلته عادي فنقول : كونه جميع القيسارية للتاجر محمد ملزومٌ لأنه مدخول «لو» وذكرها في مفاصلتهم لازم عادي لتوفر دعاوى الورثة عليه في العادة ، وذكره هو مدخول اللام ، فلما انعدم اللازم وهو ذكره في المفاصلة وإنما ذكر له فيها حظ منها كان عدمه دليلا على عدم الملزوم وهو كون جميعها له ، تحكيما لدليل التلازم المذكور ، وهو أن عدم الملزوم يقتضي عدم اللزوم وتحكيما لدليل العادة في توفرّ الدعاوى .

وهذا الاستدلال من أدلة وقوع الأحكام ، وهو حيث يكون الاستدلال بالقواعد على ما هو مفسّر في كلام الشيخ شهاب الدين - رحمه الله تعالى - في الباب العشرين المذكور ، وهو في مسألتنا هذه التلازم ، وهو قاعدة

من القواعد، والعادة وهي قاعدة من القواعد فاعرف ذلك. ولهذا قال الإمام فخر الدين الرازي - رحمه الله تعالى - .

أيوجدُ ملزومٌ ولا لازم له محالٌ وقوعٌ لم يقم جنسه به

وقولي: كل ذلك مانع من تطرق خلل أو خدش أو وهن في إحدى المفاصلتين أو في الرسم الثالث ودل على اشتراك الجميع في القيسارية دون اختصاص ورثة التاجر محمد متولي الشراء بجمعها. الإشارة بذلك عائدة على وقوف العدول على المفاصلتين المنصوص فيهما على المنافاة للحاج عبد السلام وأولاده وعلى الحظ للتاجر محمد خاصة وعلى سماعهم ثبوتها ممن يجب بوقوفهم على ما ذكر، وسماعهم ثبوتها ممن يجب يمنع من تطرق خلل في المفاصلتين وفي الرسم الثالث لأنه تضمن أيضا الوقوف على ذلك وسماع ثبوتها ممن يجب، وكل ذلك مبتدأ ومضاف إليه ومانع خبره ودال على عطف الخبر، أي فكما أن شهادة الوقوف وسماع ثبوت الأصل الموقوف عليه ممن يجب يمنعان من تطرق الخلل في الفصول الثلاثة المنسوخة كذلك هما يدلان على اشتراك الجميع في القيسارية أي جميع ورثة الحاج عبد السلام جد القائم وورثة التاجر محمد جد محمد المقوم عليه دون ورثة التاجر محمد لجمعها، فلجميعها العامل فيه بعض اختصاص. والخلل والخدش والوهن ألفاظ مترادفة معناها واحد.

قولي: والدليل على هذا أن شهادة الوقوف عاملة بتونس فإذا أشهدهم القاضي بإثباته فقالوا: وسمع بثبوتها ممن يجب ارتفع الإشكال إلى قولي: حسبما صرح به الشيخ البرزلي - رحمه الله تعالى - . الإشارة بهذا في قولي: والدليل على هذا عائدة على منع تطرق الخدش وعلى اشتراك جميع الورثة في القيسارية. والمنع والاشتراك المذكوران إنما

أفاد بهما الأصول الثلاثة، فلا بد للأصول الثلاثة المفيدة لمنع التطرق وللإشتراك المذكورين من دليل يدل على صحتها، والدليل الدال على صحتها هو تضمُّنها للوقوف وسماع الثبوت المذكورين. فاحتجاج الوقوف وسماع الثبوت المذكورين دليل متفق عليه. فلما صحت هذه الأصول الثلاثة بهذا الدليل وهو تضمُّنها الوقوف وسماع الثبوت صح مدلوله. وهما أمران أحدهما منع تطرق الخدش وثانيهما اشتراك جميع الورثة. وشرطت في قولهم وسمع [35 أ] ثبوته ممن يجب إسهاد القاضي إياهم بإثباته ولم أكتف بقولهم وسمع بثبوته ممن يجب على حسب ما اعتاده شهود العصر لقول المختصر: ولم يشهد على حاكم، قال: ثبت عندي إلا بإشهاده، ومثله في الشامل، احتزرت به من شهادة الاسترعاء على القاضي في الثبوت فإنه غير عامل.

قال ابن رشيقي: ولا يُشهد بقول القاضي: ثبت عندي لفلان كذا، حتى يشهد على ذلك نصاً ويشهد على قول القاضي بإشهاده، ومثله لابن القاسم. وفي فرع الباب 33 من التبصرة عن ابن هشام: ولا تشهد بقول القاضي: ثبت عندي لفلان كذا حتى يشهده. اعرف إيعاب هذا البحث في جواب الاعتذار ومن تذكير الغافل وتعليم الجاهل للشيخ الجد - رحمه الله تعالى - 165 منه. وأشارت بتصريح الشيخ البرزلي إلى ما وقع له في الورقة 28 من أقضيته لما نقل كلام ابن عتاب عن المحتج وأبي إسحاق الأبهري في إعمال الشهادة على الخط. وتعليل ذلك أن الخط شخص قائم كالصور فهي وإن كان يشبه بعضها فالاختلاف فيها أغلب. قال ما نصه: هذا الكلام يدل على مسألة كان شيخنا الإمام ينقلها عن شيخه ابن عبد السلام وهو أن من شرط حضوره لتقوم الشهادة على عينه كالشخص المجهول إذا شهد على عينه. فقول الشهود في وثائقهم: ووقف على رسم يقتضي الملك مثلاً لا يعول عليه لأنه كالشهادة

على مجهول المقصود معرفة عينه وكان غيرهما من الأشياخ لا يتفطن هذا ويرى أنه - أي الوقوف المشهود به - محصل لترجيح الملك وكذلك التنبيه على أن فلانا وصي ونحو ذلك. وإذا أريد اثبات ذلك من غير إشكال فيشهدون على القاضي بأنه ثبتَ عنده رسم كذا أو أن فلانا وصيٌ ونحو ذلك، فتكون شهادتهم على حكم القاضي، انتهى من البرزلي - رحمه الله تعالى - .

وفي حاشية بخط الشيخ بالنور الأربسي المرادي العم - رحمه الله تعالى - ما نصه: قوله وهو أن من شرط الشهادة على الخط حضوره لتمام الشهادة على عينه. رأيت في بعض وثائق المتيطي بآخر النسخة الكبرى من تأليفه جواز الشهادة على الخط مع غيبته. فانظره ولم يحكهِ إلا كأنه المذهب. وقوله، وكذلك البينة على أن فلانا وصي ونحو ذلك يريد إذا قالوا في الوثيقة: وبالوقوف على رسم الإيضاء أو على ما يقتضي الإيضاء وما أشبهه. والعمل اليوم بتونس مستمرٌ على ما أشار إليه المؤلف من شهادة الوقوف. وهو قول الأكثرين من الأشياخ حسبما أشار إليه. وما اختاره الشيخان ابن عبد السلام وابن عرفة في هذا جرى العمل بخلافه. ورأيت جوابا لبعض الشيوخ الحفّاظ بإعمال شهادة الوقوف، ونزلت الآن ووقع التنازع فيها بين الأصحاب حتى اعتقد كثير منهم أن المنع هو المذهب وليس يوجد لغير الشيخ ابن زيتون إذا شقّق معتقدا صحة ما أشار إليه من أن شرط [35 ب] إعمال الشهادة على الخط حضوره وقد تقدم عن المتيطي خلافه ولم يحكِّ غيره كأنه المذهب وهو الحجة، انتهى من خط الشيخ بالنور الأربسي المرادي - رحمه الله تعالى - .

وقولي: والشيخ ابن ناجي في كبره قائلًا: ونبّه على هذا شيخنا أبو مهدي عيسى الغبريني، الواو في - والشيخ ابن ناجي - عاطفة له على الشيخ البرزلي وأشرتُ به إلى ماله في رابعة عزو كبره بقوله: وعدول

تونس لا يشهدون في بيع دار حاضرة أو غائبة إلا إذا أتى البائع برسم يقتضي ملكيتها لبائعها لتحجير السلطان عليهم ذلك . لأنه لما كان الوياء الكبير عندهم أخذ بعض الناس ملكا من ورثة بيت المال فهم يخافون من عزله، ويتساهلون في الدار الخارجة عن تونس . وامتناعهم ليس بأمر شرعي . ولا يقبل في الشرع قولهم: وبالوقوف الخ، حتى يرفعوا على شهود الأصل ويقول القاضي: ثبت عندي، ويزيدوا ذلك في كتبهم . ونبه على هذا الأخير شيخنا أبو مهدي عيسى الغبريني - رحمه الله تعالى - على ما بلغني، انتهى . من كتاب العزو من كبير ابن ناجي . وقد أوعبت نقل ذلك في الورقة 27 من الرابع .

قلت: قول ابن ناجي في بيع دار حاضرة مع قوله بعده ويتساهلون في الدار الخارجة عن تونس متدافع . وقوله: ولا يفيد في الشرع قولهم وبالوقوف يردّه ما مرّ في كلام الشيخ بالنور . وقوله: حتى يقول القاضي: ثبت عندي ويزيدوا ذلك في كتبهم . وأقول: ولا يفيد في الشرع قول القاضي: ثبت عندي، وزيادتهم إياه في كتبهم لأن هذا اللفظ لفظ استرعاء لا يُحمّل، وقد قدمتُ أنه لا يُشهد على تثبت القاضي بلفظ الاسترعاء إلا بالشهادة . وأما قوله: ثبت عندي، وقول الشهود: وسمع ثبوته ممن يجب فإنه استرعاء غير مفيد حتى يقولوا: شهد على إشهاده بذلك وسمع ثبوته ممن يجب فشهدا به فيكون تحملاً لا استرعاء . والمعروف أن شهادة الوقوف مجردة عن إسهاد قاض بثبوت إنما هي عاملة بتونس خاصة . وأما غيرها من بلاد الساحل والقيروان وغيرها فغير عاملة، فإذا قالوا: وسمع ثبوت الأصل ممن يجب فهو عامل عندهم ولا يتوقف إعماله على كون سماع الثبوت بلفظ الإسهاد والتحمل فإما أن يكون ذلك تسامحاً منهم في التعبير بلفظ ظاهره الاسترعاء وهو في نفس الأمر على التحمل حتى يكون موافقاً، كما قدمتُ نقله عن المختصر والشامل

وابن رشيق وابن هشام وغيرهم، أو يكون ذلك منهم على حقيقة الاسترعاء فيكون عملاً آخر خارجاً عن عمل تونس. وعن كلام المختصر، ومن عطف عليه فهو حينئذ عمل متوسط. والله تعالى أعلم بالحقيقة في ذلك.

قولي: وثبوتات القضاة لها اعتبار شرعي حتى قيل إن الثبوت حكم وهو أحد القولين عزاه الشيخ ابن عرفة لفهم ابن رشد المذهب. القولان [36 أ] ذكرهما الشيخ ابن عرفة في الورقة 19 من أفضيته. وعزا القول بأنه حكم لفهم ابن رشد المذهب، وعزا القول بأنه ليس بحكم لقول ابن رشد، اعرفهما فيه وأوعبتُ بحثه في ذلك مع شيخه ابن عبد السلام في فهم كلام المازري ومخالفه من أهل عصره في الورقة 104 وما بعدها من الجزء الرابع.

وقولي: ثبوتات القضاة لها اعتبار شرعي، دليله ما وقع في الورقة 19 من أفضية الشيخ ابن عرفة - رحمه الله تعالى - ونصه: حملوا حرمة القضاء ومنصبه بصير القاضي وإن كان واحداً، كالثنين نقلاً لأن له تنفيذ ما شهد به عنده فينفذ ما قضى به وإن كان واحداً وكذا نقله عن شهود شهدوا عنده بخلاف ناقل عن شهود ليس له أن يقضي بشهادتهم. ولا شك أنّ ذكر القاضي ثبوت شهادة عنده على غائب ليس بقضية محضة ولا نقل محض بل هو مشوبٌ بالأمرين فيُنظر أولاهما فيُستند إليه.

قولي: وتصريح الرسم الثالث بالنصف يرفع النزاع بين الخصمين في قدر المناب المذكور في المفاصلة الأولى وفي قدر الحظ المذكور في المفاصلة الثانية. لأن القاعدة أن «المفسر يقضي على المبهم» هذه الجملة جلية لأن المفاصلة الأولى ذكرت مناباً للحاج عبد السلام ومناباً لكل واحد من أولاده، والمفاصلة الثانية ذكرت حظاً للتاجر محمد

والمناقب والحظ كلاهما مبهم مجمل في القدر كما وقع في الاجمال في قدر الحق في قوله تعالى ﴿وَأَتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾⁽¹⁾ فهو مبين في وجوب الزكاة ومجمل في قدر القدر. حسبما تقرر في الباب الأول في الفصل 12 منه من شرح مختصر المحصول لمؤلفه الشيخ شهاب الدين ونقلته في ملحقه على الورقة 92 من الجزء الثالث. وفي جمع الجوامع: المجمل ما لم تتضح دلالاته. وللشيخ ابن عرفة في خامسة إقراره: اللفظ المجمل ما جهل جنس مدلوله أو قدره. ثم نقل عن المازري قوله: ومثّل المحصّلون المجمل في الخطاب بقوله تعالى ﴿وَأَتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾⁽¹⁾ وفي نسخة من الجواب بذلك المبهم المجمل وكلاهما صحيح.

ويعبر بعض الشيوخ في هذه القاعدة بقوله «المفسر يقضي على المجمل» وبعضهم يقول القاعدة أن «المطلق يرجع إلى المقيد» والمعنى متقارب إذ لا شك أن المناقب في المفاصلة الأولى مطلق في قدره لأن المطلق هو الدال على الماهية بلا قيد والحظ في المفاصلة الثانية مطلق كذلك قدره ولفظ النصف الواقع في الرسم الثالث مقيد لأنه دلّ على حظ ومناقب مقيد بالنصفية. والقاعدة أن «المطلق يرجع إلى المقيد» نقله الشيخ ابن ناجي في خامسة مديان كبيره ولم يتعقبه عليه بحال. ونقلته عنه في الورقة 46 من الخامس، ووقع له أيضا في سادسة حريم البئر من صغيره ما نصه: الأصل أن المطلق يرجع إلى المقيد قاله عبد الحق، انتهى. وله في أوائل الأفضية والشهادات من شرح الخلاف في قوله وتجاوز شهادة الأخ لأخيه [36 ب] ما نصه: الصحيح أن المطلق يرجع إلى المقيد وبه العمل، انتهى. وقيدته الشيخ شهاب الدين بغير النهي في آخر الباب العاشر من شرح مختصر المحصول له، والنازلة ليست من

(1) القرآن: الأنعام 141 .

باب النهي بل من باب الخبر لأن الشهادة إخبار عن عام فيه الترافع . ونقل الشيخ حلولو في الباب الرابع من مختصره الأصولي عن اختيار الشيخ ابن الحاجب ما نصه : المطلق والمقيد إذا كانا مثبتين كإن ظاهرت فاعتق رقبة مؤمنة ، فيُحمَل المطلق على المقيد سواء تقدم المقيد أو تأخر ويكون المقيد بياناً للمطلق لا نسخاً ، انتهى . وما نحن فيه إثبات لا نفي فاعرفه . وقد صرح الشيخ المغربي في ثانياً النكاح الثالث من كبيره بأن ابن القاسم - رضي الله تعالى عنه - يقول بدليل الخطاب ويحمل المطلق على المقيد ، انتهى .

قولي : وتمسك محمد المقوم عليه بمباشرة أبيه التاجر محمد لشراء القيسارية باسم نفسه مدخول لا يصح تمسكه به لوجوه الخ ، تمسك مبتدأ خبره مدخول أي معيب فلما أن أخبرت عنه بمعيب ظهر أن لفظ معيب ليس فيه إفصاح ببطان التمسك فصرحتُ به بقولي : لا يصح إلى آخره . ودليل عدم صحة تمسكه به تصريح مفاصلتهم بأن ليس فيه من القيسارية حظ ، ولم يذكروا له جميعها مع ثبوتها عند القاضي وتصريح الرشداء من ورثته بالحظ وتركهم إياه للأيتام الأصاغر . ولو كان له جميعها لما سكت عنه الرشداء من ورثته وهو مما تتوفر الدواعي فيه عادة ، ودليل توفر الدواعي فيه وشحة النفوس به شدة التخاصم والترافع الآن فيه بين الفريقين ، وكذلك تصرف ورثة الحاج عبد السلام في مفاصلتهم بإيقاف منابهم فيها بمعرفة قدر ما عليه للحبس ، فهو تصرف من غيرهم في بعضها ولم يعاوضوه وسكوتهم عن المعارضة ينظر إلى قاعدة «من بيع عليه ملكه» بناء على أن من خير بين شيئين عد متنعلاً . فإبقاؤهم المناب حيث فعلوه اختياراً منهم ، وهم بالحيازة فيه يعدون منتقلين إلى تفاصيلهم فيه ، فلذا تناولهم هذه القاعدة المذكورة وهي «من بيع عليه ملكه» . والحكم فيها أن المبيع ملكه إما حاضراً للصفقة

فسكوته العام ونحوه يبطل قيامه في المثمون والثلث، وإن لم يحضر للصفقة لكنه علم بها بعد وقوعها فإن لم يتم إلا بعد عام ونحوه لم يكن له إلا الثلث، وإن مضت عليه مدة الحيازة لم يكن له شيء. اعرف ذلك في الورقة 54 من شهادات الشيخ ابن عرفة وفي الورقة 12 من بيوع البرزلي. واعرف الورقة 172 من الرابع والورقة 113 من السابع.

وهذه الأوجه الثلاثة لو انفرد واحد منها لكان كافياً في سقوط تمسك محمد المقوم عليه برسم شراء أبيه التاجر محمد وخصوصاً وجه التباع الذي هو أصل أحد نوعي الاختيار فإن الحيازة بالبيع نافعة وعاملة من أي صنف كان أهل الحيازة.

قولي: وهذا التقدير كما تراه يوجب نهوض حق عبد السلام [37] القائم في النصف المذكور، أردتُ بالتقدير المشار إليه ما قررتُه في الفصول الثلاثة من المفصلتين ومن الرسم الثالث وهي للمضامين المنسوخة فوق السؤال. وفي أعمال شهادة الوقوف مع ثبوتات الموقف عليه عند القضاة وأنه موضع اتفاق وأن فيها التصريح بحقية مناب الحاج عبد السلام. وتصريح الرسم الثالث بالنصف وكون المطلق منها يرجع إلى المقيّد في إلغاء رسم الشراء في اختصاص التاجر محمد متولي الشراء بالجميع للوجه الثلاثة المقتضية لإلغائه.

وحاصل هذا: أما نهوض حق عبد السلام القائم في مناب مطلق فلما وقع في المفصلتين مفاصلة جدّه الحاج عبد السلام حيث جعلت له مناباً ومفاصلة التاجر محمد حيث لم يجعل له جميعها وإنما جعلت له حظاً منها. والأصل استصحاب حال ما ثبت حيث يثبت رافعه، حسبما هو في الورقة 17 من أقضية الشيخ ابن عرفة - رحمه الله تعالى -، وفي الورقة 104 من الرابع وفي الورقة 38 من الخامس، وفي ملحقة على الورقة 130 من تذكير الغافل. ولسقوط تمسك محمد المقوم عليه بالشراء.

وأما نهوض حقه في تقييد المناب بالنصف فلَمَّا في الرسم الثالث من التصريح بالنصف ودليله قاعدة «المطلق يرجع إلى المقيد» وقاعدة «المفسر يقضي على المجمعل». فنهوض حقه المذكور بتقرير هذه الدلائل هو دليل الدعوى التي أصَلْتُ في صدر جوابي بقولي: وحق عبد السلام القائم وهو النصف في الحوانيت القيسارية عامل.

فقولي في صدر الجواب: من حق عبد السلام إلى قولي: عامل، حكمٌ وهو جواب سؤال السائل لكنه جارٍ مجرى الدعوى ودليلها قد حصل من قولي: ألا ترى إلى قولي: وهذا التقرير كما تراه، فما بين ألا ترى وبين بهذا التقدير كما تراه. كله أتيتُ به دليلاً على صحة تلك الدعوى التي صدرتُ بها في الجواب، فاعرفه فإن فيه ارتياح صدر المهتمدين دون الزايغين.

وقولي: دون توقف على ثبوت روكية ودون توقف على تعيين جهة المال المأذون في دفعه، هذا بينٌ لأن الفصول الثلاثة وهي المضامين المثبتة عند القضاة ووقف عليها العدول فيها التصريح بحقية النصف للحاج عبد السلام جد عبد السلام القائم فلم يبق وجه الاحتياج إلى ثبوت ذلك ثبوتاً آخر، ولا إلى ثبوت جهة المال الذي دفع الحاج عبد السلام نعم، الجاري على دعوى محمد المقوم عليه في المال الذي دفعه عمه الحاج عبد السلام أن يكون ذلك المال يدفعه محمد من تركة أبيه لورثة عمه الحاج عبد السلام الدافع له لأن حق الحاج عبد السلام في نصف القيسارية تقرر له بما في المضامين المذكورة، فلم يبق لضياح مدفوعه من المال لشقيقه التاجر محمد وجهٌ إلا السلف، فتأمل.

قولي: وقد أغنى عن إثبات الروكية أيضاً ما تقرر من المنافاة إلى رسم شراء التاجر محمد، هذه أربعة أمور كل واحد منها كاف في

الإغناء عن إثبات الروكية والإغناء بذلك عن إثبات الروكية بين لا يفتقر إلى كلام عليه في التذييل .

قولي : ومن المستبعد في القاعدة ، إلى قولي : ما يقتضيه رسم الشراء ، هذا [37 ب] الاستبعاد جلي^١ لأن العادة شاهدة به كما شهدت العادة بتكذيب المدعي الحاضر يراه يهدم ويؤاجر السنين من غير مانع يمنعه من طلبه من توفُّع رهبة أو رغبة وهو لا يعارضه فيها ولا شركة بينهما . ثم يقوم يدعيها له ويقيم بينة على دعواه فلا تسمع دعواه ولا بينته لتكذيب العادة إياهما . اعرف هذا الأصل في الشرط الخامس من شروط الدعوى الصحيحة في الورقة 50 من التبصرة فهو أصل دليل على العمل وبالإستبعاد العادي . وهو من فروع القاعدة الأولى التي خلفت في الجواب من نقل الشيخ ابن عرفة عن ابن شاس - رحمهما الله تعالى - وعضدها الشيخ ابن عرفة هنالك في الورقة 54 من شهاداته وهي قاعدة «كل دعوى ينفيها العرف وتكذبها العادة فإنها مرفوضة» . وأما القاعدة الثانية وهي «كل من يصدق شرعا فإنما يصدق ما لم تكذبه العادة» فهي مذكورة في أوائل ستور صغير الشيخ المغربي وصغير الشيخ ابن ناجي وكبيره - رحمهما الله تعالى - في قولها : وإن قال لمعتدته قد راجعتك ، فأجابته نسفاً لكلامه قد انقضت عدتي ، المسألة وهي في جواب الاعتذار الرابع في الورقة 106 من التذكير وتكررت مع الأولى في جواب الاعتذار في 17 منه في الورقة 162 منه ومرادي بغيرهما ما وقع في التذكير ، فاعرفه .

قولي : وبرسم الشراء الذي استظهر به المقوم عليه ، إلى قولي ، وأصلها ملغى بما مر من الدلائل . أصل ابن القاسم - رضي الله تعالى عنه - المشار إليه وقع في ولاء المدونة ونصّها : ومن ورث رجلاً بولاء يدعيه ثم أقام آخر بينة أنه مولاه ، وأقام قابض الميراث مثلها وتكافأت

فالمال بينهما، قيل لم؟ وقد قال مالك - رضي الله تعالى عنه - إذا تكافأت البيئات فالمال للذي هو بيده؟. قال إنما ذلك إذا لم يُعرف أصل المال وهذا مال قد عُرف أصله. وقال غيره هو للذي في يديه إلى آخر المسألة. الشيخ الوانوشي - رحمه الله تعالى - : جعل ابن القاسم - رضي الله تعالى عنه - الحوز لا أثر له وأن ذلك كشيء بين أيديهما وتداعيها. ابن عرفة: ليس المراد بالولاء المحوز حقيقته التي عرّفها المصطفى - صلى الله عليه وسلم تسليمًا - بأنها (لحمة كلحمة النسب) لأنها يستحيل حوزها وإنما المراد لازمها وهو المال وهو محوز، الوانوشي.

والفرق عند ابن القاسم في مسألة الثوب ومسألة الولاء أن الولاء الذي تداعيها لم يحزه وإنما حاز مالاً عُرف أصله أي عرف حدوث سبب دخوله في ملكه وهذا هو معنى عرف أصله، ومعنى لم يعرف أصله أي لم يعرف سبب ما حدث عنده وإنما وجد في يد أبيه مثلاً. حاصله مجرد الوجود غير المضاف إلى سبب معين يعبر عنه بأنه لم يُعرف أصله، انتهى مختصراً. وفي ثامنة دعاوى البرزلي عن ابن رشد - رحمه الله تعالى - في كتاب السداد في مسألة الحجرة إذا انهدمت وفيها بئر ما نصّه: الحيابة على المشهور إنما توجب الملك لما لم يعرف أصله، ووقع في هذا الأصل في كتاب الولاء من المدونة خلاف، انتهى من البرزلي. ووقع في الورقة 44 من المباني اليقينية ما نصّه: أصل أعمال الحيابة في حجيتها جهل مدخلها، فإذا عرف سقط اعتبارها ونظر [38 أ] في أصل مدخلها فإن صح صحّت وإلا فلا. نص على ذلك ابن رشد وغيره، انتهى.

قلت: وإلى كلام ابن رشد: وأصلها مُلغى بما مرّ من الدلائل في النازلة فتلغى هي أيضا. قولي: وبعد إلغاء الحيابة لا يفتقر إلى ثبوت

غيبة بالنور المحوز عليه ولا إلى صغر أولاده، هذا بين لأن الحيازة إذا كانت ملغاة هي وأصلها الذي استندت إليه صارت معدومة شرعا. والقاعدة «أنَّ المعدوم شرعا كالمعدوم حسا» وإذا قدرت معدومة حسا لأجل كونها معدومة شرعا فسواء كان الخصم حاضرا بالغاً رشيدا أم لا فهو لا حجة عليه من خصمه.

وقولي: كما لا يفتر مع الأصول الثلاثة المنسوخة أعلا السؤال وما تضمنته من التفاصيل، المقتضي للاقتصار على حظ خاصة للتاجر محمد، ومن الوقوف على الأصول المذكورة، ومن سماع ثبوتها من القضاة إلى بينته بروكية في تقرر الاشتراك النصفي في القيسارية للحاج عبد السلام ومن مدخولها في المواضع الأربعة، بيان لـ «ما» من قولي: ما تضمنته، ولا يفتر «هو» العامل في «إلى بينة» وهو مبني لما لم يُسم فاعله، وفاعله عبد السلام القائم حُذِفَ للعلم به، وعدم الافتقار إلى بينة بروكية مع هذه الأمور الثلاثة، والأمور الأربعة التي تضمنتها الأصول أمر واضح لا يحتاج إلى الكلام فيه، وقد مرَّ الإشعار به بما فيه الكفاية. وهذا الفصل كرر لأنه قد سبق التنبيه عليه في قولي: وهذا التقرير كما تراه يوجب نهوض حق عبد السلام القائم في النصف المذكور دون توقّف على ثبوت روكية حسبما بينته هنالك.

قولي: فهذا هو الحق الذي لا يُحَاد عنه في هذه النازلة ﴿وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ﴾ وهو سبحانه وتعالى أعلم بمن اهتدى، هذه الجملة أثبت بها إيداناً وإشعاراً بحال المخالفين في هذه النازلة لهذه النقول الدينية وتنبهها على حيدهم عن الحق عناداً وجرأة وإعراضاً عن معاهد دينهم وعن استشعار الوقوف بفصل القضاء واستكباراً عن متابعة الغير في الحق وهم القائلون بعدم مطلق الحق للحاج عبد السلام ولا

(1) القرآن: الأحزاب 4 .

لورثته من بعده في الحوانيت القيسارية وهم المفتون الآن بتونس من حملها على القول بذلك والعمل به فله كفلان من ذلك كما كان على أن (2) كفل من شبه فعله لأنه أول مَنْ سنَّه فافهم ويا ويح جميعهم من الله . وقد ثبت في الصحيح (أشدّ الناس عذاباً يوم القيامة رجل أشركه الله في حكمه فأدخل عليه الجور في عدله) ونقل الشيخ البرزلي - رحمه الله تعالى - في سابعة وكالاته عن جامع سفيان من طريق عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - عنه - صلى الله عليه وسلم - أنه قال (من حالت شفاعته دون حدّ من حدود الله فقد ضادّ الله في أمره ومن تكلم في خصومة لا علم له بها لم يزل في معصية الله حتى ينزع)⁽²⁾ وخصمهم يوم الفصل جبريل في ما أنزل به ومحمد - صلى الله عليه وسلم تسليمًا، في ما أرسل به والرب الأكبر في ما شرعه وأمر به . والله تعالى المسؤول أسأله أن يتغمّد الجميع برحمته ويغفر زلات الجميع بعفوه فلا [38 ب] مسؤول إلا هو، وهو حسبي ونعم الوكيل . وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليمًا . ونُقل هذا من مسودة بعد طلوع الفجر من ليلة الثلاثاء 27 جمادى الأولى عام 1006 [هـ / 5 جانفي 1598 م] أكمله الله تعالى وما بعده من العمر بخير وعافية وخاتمة إسلام، بمنّه وفضله .

الحمد لله ، سألني محفوظ بن أحمد العاصمي من الحمامات في يوم الاثنين خامس ربيع الآخر عام 1006 [هـ / 15 نوفمبر 1597 م] عن مسألة رجلين كانا يملكان داراً بينهما بالسواء وتُوقياً معاً وخلف كل واحد منهما ورثته بقوا مدة ثم اقتسموا الدار نصفين، قبليّ وجوفيّ قسمة مراضاة . وأقاموا بين القسمين فاصلاً وصار باب الدار في القسم القبلي من القسمين والقسم الجوفي ففتح له الذين صار إليهم باباً للمدخل

(1) بياض بمقدار كلمة في الأصل .

(2) البرزلي : الفتاوى : 3 : 493 .

والمخرج . ثم إن الذين صار إليهم القسم الجوفي وفتحوا له بابا قسموه أيضا قسمين قسمة مراضاة أخذ بعضهم قسماً فيه الباب الذي فتحوا وأخذ رجل مقسماً ليس له مدخل فصار من وقت القسمة يتطرق من دار أخرى مجاورة قبلية له فيها حق ، وذلك كله منذ خمسة عشر عاما فارطة وهو على ذلك التطرق . ثم إنه باع نصيبه الذي له في الدار القبلية الذي منها تطرّفه وأراد أن يفتح بابا من القسم الذي أخذ مقاسمه ليصير تطرقه من الباب الذي في حظ مقاسمه فمنع مقاسمه من ذلك وقال له : مالك حق في التطرق عليّ ولا في فتح باب تُحدّثه في قسمي لأنك رضيت بترك حقلك في الباب المحدث الذي صار في قسمي وتطرّفه من حقلك في الدار القبلية وما تطرقت في هذا الباب الذي صار في حظنا ولا مرة واحدة ، وانفردتُ أنا بحيازته دونك المدة كلها ، فرجع الرجل فطلب فسخ القسمة . فهل له ما أراد أو لا؟ أو ما طلب ثانيا من فسخ القسمة؟ أو ليس له شيء من ذلك والحالة ما ذكر؟ والسلام .

فأجبتُ بما نصّه بعد افتتاحه : إذا كان الأمر كما ذكر فليس للطالب المذكور فسخ القسمة وليس له حق في الفتح في حظ مقاسمه ليتطرق من الباب الذي صار إليه في حظ لوجهين : الأول أنّ ابن القاسم - رضي الله تعالى عنه - في ما إذا وقعت القسمة على السكّتِ في الباب أن رقبة الباب لمن صار في حظه ويشترك المتقاسمان في المدخل والمخرج مشروط بأن لا يكون دليل على رفع التطرق في الباب ولا على بقائه فإن لم يكن لمن ليس عنده الباب موضع يفتح فيه كان ذلك دليلا على بقائه ، هكذا قرّره بعض أشياخ المدونة . ومفهوم الشرط أنه إذا كان له موضع كان ذلك دليلا على رفع الباب وقد وُجد له في النازلة الموضع الذي يتطرق فيه وهو حظه من الدار المجاورة وقد تطرقه منها بالفعل من وقت وقوع القسمة إلى تمام مدة الخمسة عشر عاما . فتطرقه منها بالفعل

المدة المذكورة أخرى من مجرد وجود موضع [39 أ] له ، والأحروية جلية .

الوجه الثاني : ما تقرر في حيازة الضرر كهذه النازلة أن مدة عشرة أعوام وهو مذهب ابن القاسم - رضي الله تعالى عنه - وقاله الشيخان ابن الهندي وابن العطار وبه القضاء . وكل واحد من هذين الوجهين كاف في سقوط قيام الرجل الطالب في ما طلبه فلا حق له في فسخ القسمة ولا للفتح والتطرق من الباب الذي في حظ مقاسمه وحازه عليه مقاسمه الخمسة عشر عاما المذكورة في السؤال . والله تعالى أعلم ، وبه التوفيق .

تذييل ، قولي : لوجهين الأول أن قول ابن القاسم إذا وقعت القسمة على السكت في الباب إلى قولي كان ذلك دليلا على بقاءه ، قول ابن القاسم ، ذكر غير واحد من الشيوخ وهو في كتاب القسم من المدونة ونصها : وإن اقتسموا البناء ثم اقتسموا الساحة ولم يذكروا رفع الطريق فوقع في باب الدار وفي حظ أحدهم فإن لم يشترطوا في أصل القسم أن طريق كل واحد منهم ومدخله ومخرجه فيها خاصة ، فإن الطريق بينهما على حالها وملك باب الدار لمن وقع في حظه ولباقيهم فيها الممر . ابن ناجي في الورقة 26 من قسم كبيره ما نصّه : ظاهر قوله ثم إن القسمة في صنفقتين ، ومعنى قسموا الساحة أي بالتراضي ، ومنها قوله ولم يذكروا رفع الطريق أي لم يعينوها ولا شرطوا قطعها . ومعنى صاحبه أي صاحب الحظ ، وما ذكره هو المشهور .

أقول : المسألة عن نحو ما يأتي نقله عن وثائق الشيخ الفشتالي . قال الفشتالي - رحمه الله تعالى - من ثلاثة وثائق القسمة ما نصّه : قولنا في النص إن كان الشيء المقسوم داراً فلا بد أن يذكر فيه حكم المدخل والمخرج والستر والمجرى . هذا هو الصواب وإن سكتوا عنه في القسم

وأغفل الموثق ذكره ولم يبيّنه ووقع المدخل والمخرج في نصيب أحدهم ومنع صاحبه منه فوقع في ذلك خلاف، فقال ابن القاسم: تصحّ القسمة ويشتركون في المدخل والمخرج وفي صبّ المياه إلى المجرى القديمة وتكون رقبة ذلك للذي صار في حظه. وقال ابن حبيب: يُفسخ القسم حتى يبينوا ذلك. وقال عيسى: إن كان لصاحب النصيب الذي لا باب له ولا مخرج حيث يفتح بابه ويُخرج ماءه أقرت القسمة على حالها وإن لا فسخت ثم تكلم على السترة.

وقول ابن القاسم هو اسم أن ومشروطٌ خبرها. قولي: هكذا قرره بعض أشياخ المدونة أشرت به إلى ما وقع في نقل الشيخ أبي الحسن الصغير في الورقة 15 من قسمة كبيره عن الشيخ اللخمي - رحمه الله تعالى - وهو مرادي ببعض أشياخ المدونة.

ونصّ الشيخ أبي الحسن قوله: وإن اقتسموا البناء ثم اقتسموا الساحة ولم يذكروا رفع الطريق فوق باب الدار في حظ أحدهم ورضي بذلك صاحبه أي صاحب الحظ يكون الباب في نصيبه لأنه رضي بالمرور عليه. قوله: ولم يذكروا رفع الطريق معناه لم يعينوها ولا شرطوا قطعها. ثم قال: فإن لم⁽¹⁾ يشترطوا في أصل القسم أن طريق كل حصة ومدخلها فيها خاصة فإن الطريق بينهما على حالها. فجعله مع عدم الشرط [39 ب] أن الطريق باقية على حالها. اللخمي: واختلف إذا صار الباب في حظ أحدهما فقال ابن القاسم - رضي الله تعالى عنه -: الطريق باق على حاله حتى يشترطوا رفعه. وقال مطرف في كتاب ابن حبيب: تنتقض القسمة وتعاد على معرفة الطريق، وكذلك مجرى الماء إذا صار في نصيب أحدهما. وهذا بين إذا لم يقيم لأحدهما دليل على الآخر برفعه ولا ببقائه إلا أن يكون لأحدهما دليل على رفعه أو بقاءه، فإن لم

(1) سقط حرف الجزم من الأصل.

يكن لمن ليس عنده الباب موضع يفتح فيه كان دليلا على بقاءه، صحّ اللخمي. وذكر ابن الهندي في ما إذا اقتسما داراً ولها مجرى ماء ولم يذكر رفعه ولا قطعَه عند القسم قولين: قيل تنتقض القسمة وقيل يبقى على ما كان عليه. وهذان القولان قول مطرف والثاني قول ابن القاسم في الكتاب، وظاهر قوله ثم اقتسما الساحة أنّ القسمة في صفتين ومعناه قسموا الساحة بالتراضي. انتهى من كتاب الشيخ أبي الحسن المغربي.

قلت: قول الشيخ اللخمي: وهذا بين إذا لم يقدّم لأحدهما دليل على الآخر برفع الباب أو بقاءه، مفهوم هذا الكلام أن قيام دليل على أحد الأمرين يوجب دوران الحكم مع الدليل الدال على أحدهما. وقد دل في النازلة دليل على رفع الطريق حيث جعل الرجل الطالب تطرّقه من الدار التي بجواره وله فيها حق وترك التطرّق من الباب الذي صار في حظ مقاسمه مدة الخمسة عشر عاما ومقاسمه مختص بحوزه المدة كلها. ثم قوله: فإن لم يكن لمن ليس عنده الباب موضع يفتح فيه كان دليلا على بقاءه. قلت: مفهومه لو كان له تطرّق يتطرّق منه لكان ذلك دليلا على رفع الباب فلا يكون له حق فيه.

وهذان المفهومان هما اللذان اعتمدت في جوابي لأن الرجل الطالب له أن يتطرّق منه وهو حقه في الدار التي تجاوره، وقد تطرّق منها بالفعل هذا المتطرّق الذي أوقعه في حقه من الدار الأخرى التي تجاوره هو وجود الموضع له يفتح فيه فحصل من المفهوم المذكور أن هذا دليل على رفع الباب في هذه القسمة في النازلة فتأمله، وحينئذ لا حق له في الباب الذي صار في حظ مقاسمه عملا بهذين المفهومين لوجود الموضع له وهما من مفهوم الشرط وهو عامل اتفاقا. وقال الشيخ المغربي في ثمانية النكاح الثالث من كبيره: ابن القاسم يقول بدليل الخطاب ويحمل

المطلق على المقيد، انتهى. ومعنى دليل الخطاب هو مفهوم المخالفة وهو إثبات نقيض حكم الملفوظ به للمسكوت عنه. وقد أوعبنا الكلام في ذلك في الورقة 155 من السابع.

وقولي: وقد تطرق منها بالفعل من وقوع القسمة إلى مدة الخمسة عشر عاما فتطرقه منها بالفعل المدة المذكورة أخرى من مجرد وجود موضع له هذا الفصل فيه تمييز للمفهوم الذي اعتمدت في جوابي، وتقرير الأحرورية المذكورة أنه إذا كان مجرد إمكان التطرق من موضع له يكون دليلاً على رفع تطرقه من الباب الصائر في حظ مقاسمه ويفتح في الموضع الذي له عملاً بمفهوم الشرط في كلام الشيخ اللخمي في الموضوعين المذكورين في كلامه السابق فيكون وجود الموضوع مع زيادة تطرقه فيه بالفعل المدة المذكورة أخرى بأن يكون ذلك دليلاً على رفع الجواب. ووجه ذلك أن في هذا [40 أ] الأحروري إمكاناً للتطرق من ذلك الموضوع مع زيادة تطرقه منه بالفعل وفي الأول إمكان فقط، والزيادة المصاحبة للإمكان هي وجه جلاء الأحرورية، فتأملهُ مُنصفاً.

قولي: والوجه الثاني ما تقرر في حيازة الضرر إلى آخره، هذا المقاسم الذي صار الباب في حصته حاز الضرر بحوزه للباب فلما حازه حائزه وانفرد به المدة صار حائزاً للضرر وهو التطرق الذي كان لمقاسمه القائم المذكور يطلبه منه ويخاصمه فيه. وحوز الضرر عشرة أعوام يقطع قيام القائم فيه.

وأشرتُ بالتنبية في قولي كهذه النازلة إلى حيازة ضرر خاص وهو الذي لا يتزايد لأن الضرر الذي لا يتزايد هو الذي حوزه هذا حكمه، وأما الضرر الذي يتزايد فلا حيازة فيه ولو طال مدتها حسبما وقع في البرزلي وفي التبصرة وفي حاشية الشيخ الوانوشي وتكرر في كتابي هذا.

والأقوال في حوز الضرر الذي لا يتزايد على نحو ما هي في متن الجواب وقعت في رابعة شهادات حاشية الشيخ الوانوغوي مقررة لنقل الشيخ المتيطي وهي موعبة من سادسة مسائل الضرر ومن البرزلي .

قولي : وكل واحد من هذين الوجهين كاف في سقوط قيام الرجل الطالب في ما يطلبه أردت بكل واحد أي على انفراده بدون ضميمة الوجه الآخر إليه . وقولي : فلا حق له الخ ، الفاء أتيتُ بها للإيدان بأن ما بعدها كالنتيجة لما قبلها فاعرفه .

تنبيه ، كلام أهل المذهب في حوز الضرر أنّ الضرر يحاز بعشرة أعوام وانطبق قاعدته هذه على هذه النازلة حيث مضت مدة الحوز المذكورة على الرجل القائم يدل ذلك كله على أن قول ابن القاسم - رضي الله تعالى عنه - ومقابلهُ في مسألة القسمة معناه إذا كان التنازع في حوز القسمة حتى لا تدخلها قاعدة حوز الضرر ومدته ، لأنه إذا تأخر التنازع حتى حصل حوز الطريق من أحد المتقاسمين في مقاسمة الآخر المدة القاطعة لقيام المحوز عليه الضرر كما هو في النازلة فإن الحكم يكون يجري على قاعدة حوز الضرر .

ولهذا جعلت قاعدة حوز الضرر وجها ثانيا في النازلة مانعاً من قيام القائم من طلب رجوعه إلى التطرّق من الباب الذي صار في حظ مقاسمه الحائز له . فتأمل ذلك فهو فقه في المسألة . والله تعالى أعلم ، وبه التوفيق . واعرف سادسة قسمة البرزلي في طول المدة عشر سنين بعد القسمة لم يقع قيام .

الحمد لله ، سألني سالم المزوار الخياري وهو المُنزّل بعد صحبة محمد القبي في أواسط شهر ربيع الآخر المذكور عن نسخة رسم وسؤال وجواب .

نص النسخة بعد الافتتاح أشهد محمد بن سالم المزوار الخياري أنه أنزل حفيده للابن سالم ابن ولده محمد منزلة أبيه في الميراث في ما يخلفه موروثاً عنه بدار القيروان وبكّد بني خيار من الربع [40 ب] وغيره بياضاً وشجراً وسقياً وكذلك ما يخلفه من الأسباب والعروض والحيوان . فالولد المذكور منزل في ذلك منزلة أبيه المذكور في جميع ذلك . شهد عليه بذلك في الصحّة والطوع والجواز أوائل جمادى الأولى عام اثنين وثمانين وتسعمائة [982 هـ / أواسط أوت 1574 م] بمعرفة فلان وفلان من شهود موضعهم .

ونص السؤال بعد افتتاحه : جوابكم بعد تأملكم من نسخة الرسم المذكورة أعلاه ، وإذا صح الرسم المذكور فهل يدخل مع سالم المنزل عمه في نصيب الإنزال أم لا؟ والسلام .

ونص الجواب بعد افتتاحه : إذا كان الأمر كما ذكر وثبت الرسم المذكور فهو صحيح عامل ولا يدخل العم مع ولد الولد في الإنزال المذكور بل يستقلّ ولد الولد بالوصية المذكورة وحده . والله تعالى أعلم .

فكتبت تلو ذلك ما نصّه : الحمد لله ، إذا ثبت رسم الإنزال المذكور كما يجب فالمنزل المذكور وهو سالم الحفيد يختصّ بنصيب الإنزال دون مشاركة عمه فيه عملاً بنص الجد المنزل لأن ألفاظه تُتبع ولا يُحدّ عنها على ما به الفتوى . والله تعالى أعلم ، و به التوفيق .

تذييل ، الإنزال من باب الوصية حسبما ذكره الفقهاء في باب الوصية ، وكذلك الفراض في كتاب الفرائض : الحوفي و ابن مشكان وغيرهما . والذي به الفتوى أشرتُ به لفتوى ابن رشد نقلها البرزلي في ثانياة الوصايا حيث سئل عن جعل تنفيذ وصيته لأجنبي ووارث ، وقال فيها : دون

مطالعة قاضي أو غيره، هل لقاضي أو غيره مطالعة؟ فأجاب: شرط الموصي عامل نافذ لا يحلّ لحاكم تعقبه بوجه، وارثاً أو غيره، لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَأَنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾⁽¹⁾

الحمد لله، سألني مسعود الأصلع، ولد بدتْ لحيته قصير القامة جداً في أواخر ربيع الآخر المذكور عن نسخة رسم نصّه بعد افتتاحه: في ذمة مسعود بن سالم الأصلع لزوجه فاطمة بنت قاسم قدور ثمانية وعشرون ديناراً نواصر ثمن رداء⁽²⁾ قبضه و قبله يدفع لها ذلك بانقضاء عام واحد يأتي من تاريخه بلا قول له في ذلك ولا حجة، ولا يعتلّ بعلة. و حضر والدها المذكور ووافق على ذلك وتدرک له عقباً درک ابنته في ذلك مهما طلبته قبل تمام العام يؤدي ذلك عنه لها و لا يطالبه بذلك إلا بعد تمام العام المذكور. شهد على إشهدهما بذلك في الحال الجائزة أواخر ربيع الآخر عام 1006 [هـ/ أوائل 1597م] بمعرفتهما. وكتب هذا لمسعود عبد العزيز بن محمد بن فتح الله عرف بوالأوذان والحاج سالم النفاتي.

ونص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم، بعد تأملكم من النسخة المقيّدة أعلاه والحالة أن الزوج المذكور كان أخذ من زوجه الرداء المذكور منذ مدة وتخلّد ثمنه بدمته لها [41 أ] ووقعت بينهما مغاضبة ثم تراصيا وكتب لها الرسم المنتسخ أعلاه بدمته. ثم بعد ذلك قامت تطالبه بثمن الرداء المذكور مدعية أنها ما وافقت على كتب العقد المذكور إلا إثباتاً للحق خوفاً من إنكار الزوج في ذلك. فهل يقضى على مسعود المذكور وهو الزوج بأداء ثمن الرداء المذكور قبل مضيّ الأجل المذكور أعلاه و الحالة ما ذكر؟ والسلام.

(1) القرآن: البقرة 181.

(2) بياض بمقدار كلمة بالأصل.

الجواب بعد افتتاحه : إذا كان الأمر كما ذكر فمطالبة الزوجة زوجها بتعجيل أداء الثمن المذكور قبل أجله المذكور فعلى أبيها دفعه لها عملاً بالتزامه الذي أشهد به ما لم يكن أودع قبل الشهادة فيه ، لأن الإيداع عاملٌ في التبرعات اتفاقاً إن تقدّم قبل إشهاده المذكور ووافق القاضي عليه . والله تعالى أعلم ، به التوفيق .

تذييل ، إنما لزمه ما التزمه ، أعني الأب ، لأن التزامه عدةً على سبب أشهده . فإذا وقع السبب وقعت العدة ، وهي من التبرعات . والسبب هو في قوله : مهما طلبته قبل تمام العام . و قولي : ما لم يكن أودع قبل إشهاده هذا لأن الشهادة تبرّع لأن العدة من عقود التبرعات كما قلنا . وإنما لم نذكر إيداع الزوجة ونجعله يحلّ الإشهاد المذكور لأن الزوجة لم تُشهد بشيء حتى تودع فيه ، وهي لو كان الإشهاد عليها في الأصل المذكور لما دخله إيداعها لأن موافقة أبيها على فعلها صحيحة فلا يحلّه إيداعها هي إن كانت باقية تحت ولايته وإنما الذي يحلّه إيداع الأب في موافقته أو في التزامه . اعرف بحث العدة في الورقة 169 من الرابع و الورقة 106 ، ففيها إيعاب الخلاف فيها .

الحمد لله ، سألني محمد بن محمد فرشيش من باب سويقة في يوم الجمعة رابع عشر من ربيع الآخر المذكور عن نسخة رسم بأعلاه رسم مضمون الأعلى : ملك الحاج علي بن محمد عُرِف فرشيشاً بجميع النصف الشائع من جميع السانية بياضاً وزيتوناً ذات البئر الكائنة بموضع كذا وكذا بالتسليم الصحيح والعوض المقبوض من فلان وفلانة .

نص هذا الرسم المنسوخ : الحمد لله ، بعد أن استقرّ على ملك التاجر محمد بن محمد الكشكاش جميع النصف الشائع الباقي من جميع السانية بياضاً وزيتوناً ذات البئر ، المذكورة أعلاه بحقوقه ومنافعه الاستقرار التامّ بالشراء الصحيح والثمن المندفع حسبما ذلك في غير

هذا، بالشهادة العادلة كما يجب، أشهد الآن محمد أحد المالكيين المذكورين وعلي بن فرشيش المالك للنصف الثاني المذكور أنهما اقتسما جميع السانية المذكورة قسمة مرضاة واتفاق. وأخذ بها علي فرشيش المذكور بنفسه جميع القسم المبرز الغربي من جميع السانية المذكورة، يشتمل على ستة و ثلاثين عوداً زيتونا وعلى عود واحد خرنوباً. وأخذ بها محمد الكشكاش المذكور لنفسه جميع المقسم [41 ب] المفرز الشرقي من جميع السانية المذكورة تشتمل على خمسة وثمانين عوداً زيتونا وامتاز كل واحد منهما بقسمه المذكور دون مشارك له فيه. ووقع بينهما في ذلك التسليم والتسلم كما يجب بعد الرؤية والتقليب والإحاطة وعلى السنة في ذلك والمرجع بالدرك حيث يجب، وعلم كل واحد منهما بقدر ما على قسمه المذكور من الجزاء ورضيه وعليه دفعه لما يُستقبل. وأما البير التي بالسانية المذكورة والجابية التي بإزائه فهما مشترك بينهما بالسواء وعلى الإشاعة لم تقع بينهما مقاسمة في ذلك، وكذلك الوادي الذي يأتي القسم الغربي من إثر ماء المطر لم يقع بينهما فيه مقاسمة ويتنفعان منه معا بالسقي كما كانا يتنفعان به قبل المقاسمة لا فضل لواحد منهما في ذلك على الآخر.

وكذلك اقتسما البياض الذي بالسانية من الجهة القبلية قسمين قسمة مرضاة واتفاق أخذ بها علي القسم المفرز الغربي وامتاز به وحده، وأخذ بها محمد القسم المفرز الشرقي وامتاز به وحده. والتزما بإقامة جسر فاصل بين قسمي الزيتون وقسمي البياض مستطيل من الجهة القبلية للجهة الجوفية والحلية الأخيرة من الجهة القبلية من السانية المذكورة بها تسعة أعواد، طار منها لعلي ستة أعواد من الجهة الغربية من الحلية المذكورة والثلاثة الأعواد الباقية لمحمد من الجهة الشرقية من الحلية المذكورة، والعود خرنوب بإزائه عود زيتون من الجهة الجوفية

من الجابية المذكورة وهما لعلي المذكور والأرض التي هما بها لمحمد المذكور، ورضي بذلك الرضى التام. شهد على إشهدهما بذلك في الحالة الجائزة أوائل ربيع الأول عام 1006 [هـ / أواسط أكتوبر 1597 م]. وكتبَ هذا للحاج على نفسه كما كتب لمحمد في غير هذه فلان وفلان.

ونص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأملكم نسخة رسم المقاسمة المقيدة أعلاه. هل القسمة المذكورة صحيحة ولا مقال لمن زعم فسادهما لكونها قسمة مراضاة أو هي باطلة ومن ادعى فسادهما يقبل قوله وتنقض؟ والسلام.

الجواب بعد افتتاحه: تصفحت النسخة والسؤال المسطورين أعلاه وإذا كان الأمر كما ذكر فقال في التنيهات⁽¹⁾ قسمة المراضاة على غير تعويل، حكمها حكم البيوع في كل شيء، ولا يرجع فيها بغبن، انتهى. وغاية ما يستلوح فيها في هذه النازلة إن كان في أصول الزيتون حب فإن كان فلا يتعدى إلى فساد عند القسمة المنسوخة لخلوه عن التعرض إلى الحب بالكلية فيرجع المقتسمان إلى قسم الحب كيلاً إن كان، أو بيعه وقسم ثمنه على ما وقع التصريح به في المدونة فراراً من التفاضل ولو بالشك في التماثل. وأما القسمة المنسوخ عقدها أعلاه فلا خلل فيه. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، قول التنيهات الخ نقله الشيخ البرزلي في أولى قسمته ومثله للشيخ الفشتالي في رابعة وثائق القسمة. وهذا الفصل أتيت به جواباً عن قول السائل لكونها [42 أ] قسمة مراضاة فذكرت له جوابه أن قسمة المراضاة تختص بأن لها حكم البيوع بحيث لا يقام فيها بالغبن على المشهور. صرح بمشهوريته الشيخ المغربي في ثامنة قسمة كبيره في

(1) يقصد كتاب التنيهات على المدونة للقاضي عياض.

قولها: وأما على التراضي بغير قرعة فجائز وإنما كان الحبّ في أصول الزيتون دخوله في قسمة الأصول موجبٌ لفساد قسمتها لقول ثانية قسمتها: وإذا ورث قوم شجراً أو نخلاً وفيها ثمرٌ فلا يقسموا الثمار مع الأصول، وإن كان الثمر بلحاً أو طلعاً، ولا يقسم الزرع مع الأرض لكن تقسم الأرض والأصول وتترك الثمرة والزرع حتى يحلّ بيعها فيقسموا ذلك كله حيثذ كلاً أو يبيعه ويقسموا ثمنه على فرائض الله عز وجل. ابن ناجي في رابعة قسم كبيره قوله: وإن ورث قوم إلى قوله أو طلعاً، لأن القاعدة أنه لا يجوز طعام وعرض بطعام وعرض كما لا يجوز فضة وعرض بفضة وعرض، لأن أحد الطعامين مفضوض على الآخر والعرض فيؤدي ذلك إلى التفاضل، اعرف بقية كلامه هنالك.

قلت: قوله يؤدي ذلك إلى التفاضل يريد ولو بشك فيه لأن القاعدة أنّ الشك في التماثل كتحقق التفاضل، ثم قال ابن ناجي: قوله ولا يقسم زرع مع أرض الخ، لأنه يؤدي إلى بيع أرض وطعام بأرض كما يقوله بعد باعتبار ما يؤول إليه الزرع، اعرف ذلك فيه. وقولي: على ما وقع التصريح به في المدونة أشرتُ به إلى قولها: لكن تُقسم الأرض والأصول وتترك الثمرة والزرع حتى يحلّ بيعها فيقسموا ذلك كله حيثذ كلاً أو يبيعه ويقسموا ثمنه. فقوله: الثمرة والزرع لفٌ ونشرٌ معكوس بعد الأرض والأصول فافهمه. وهذه القسمة في النازلة قسمة مراضاة وهي جائزة في ما اتفقت أجناسه وفي ما اختلفت أجناسه، وهي في هذا مخالفة لقسمة القرعة كما خالفتها حيث لا يُقام فيها بالغبن. صرح بذلك الشيخ الفشتالي في رابعة وثائق القسمة، وفي أول قسمة الشامل ما نصه: هي بيع لا تمييز حق إلا أن يكون بتقويم وتعديل بخلاف ولا تجوز بقرعة على المشهور ولا يشترط فيها اتفاق الجنس بخلاف قسمة القرعة، انتهى.

وفي الثالثة قسّم المدونة: ولا تجمع أصناف مختلفة بالسهم مثل أن يجعلوا الدور حظاً والرقيق حظاً يسهموا وإن اتفقت قيم ذلك لأنه خطر، وإنما تُقسم هذه الأشياء كل نوع على حدة: البقر على حدة، والغنم على حدة، والعروض على حدة، إلا أن يتراضوا على شيء معين. وكذلك لا يجوز أن يجعلوا دنائير ناحية وما قيمته مثلها ناحية من ربع أو عرض أو حيوان ويقترعوا، وأما على التراضي بغير قرعة فجائز. الشيخ المغربي في ثامنة قسم كبيره: لأن قسمة السهم إنما أرخص فيها للضرورة في تمييز حق الشريك وإن كان فيه ضرر فإذا جمعت الأصناف أو الصنفان اتسع الضرر وخرجت الرخصة عن موضعها. وقال أشهب: تجوز القرعة في الأصناف بالتراضي، ومنعه ابن القاسم إلا ما يؤخذ له من مسألة [42 ب] النخلة والزيتونية.

وقوله: وإنما تُقسم هذه الأشياء كل نوع على حدة، أراد بالنوع الجنس، قوله: والعروض على حدة يعني الصنف الواحد منها، قوله: وأما على التراضي بغير قرعة فجائز أي خلافاً لأشهب أنه يجوز بالقرعة على التراضي. فإن كانت بغير تعديل ولا تقويم، على قول ابن القاسم فلا يقام فيها بالغبن على المشهور، انتهى. وفي الورقة 12 من قسم كبير ابن ناجي ما نصه: قوله ولا تقسم أصناف مختلفة بالسهم مثل أن يجعلوا الدور حظاً والرقيق حظاً ويسهموا وإن اتفقت قيم ذلك لأنه خطر، وإنما تقسم هذه الأشياء كل نوع على حدة البقر على حدة والغنم على حدة والعروض على حدة إلا أن يتراضوا على شيء بغير سهام إلى آخره، هي من قول مالك وابن القاسم - رضي الله تعالى عنهما - والمراد بالنوع هنا الجنس، وبقوله والعروض على حدة أي الصنف الواحد، وما ذكر في الكتاب هو المشهور.

وقال أشهب : إن جهل الورثة فجعلوا الدور سهماً والرقيق سهماً والدواب سهماً ثم أسهموا عليه أن ذلك جائز فجعل القرعة مع التراضي . قال ابن حارث : وهو أصل خالفه فيه جميع أصحابه . ابن رشد : ومثله لابن القاسم في مسألة النخلة والزيتونية . قوله : وكذلك لا يجوز أن يجعلوا دنائير إلى قوله وأما على التراضي بغير قرعة فجائز ، هي من قول ابن القاسم . وفي وسط الشيخ بهرام في قول المختصر : ومراضاة فكالبيع إنما سمي هذا النوع مراضاة لأنها لا تكون إلا برضى الشريكين ، وهي بيع إن كانت بغير تعديل ولا تقويم . واختلف إن كانت بتعديل وتقويم هل حكمها حكم البيع أم لا؟ وليس من شرطها اتحاد الجنس لما علمت ، وبهذا لا يحكم بها عند التنازع . واختلف في جوازها في القرعة والمشهور عدم الجواز . وقال اللخمي وابن رشد : لا خلاف أنها بيع ، انتهى من الوسط .

قلت : قوله اختلف في جوازها في القرعة أي مع القرعة ، وقوله والمشهور عدم الجواز هو قوله في شامله ولا يجوز بقرعة على المشهور ، وأشار بالمشهور ومقابلة إلى قول ابن القاسم وأشهب الواقع في كلام الشيخ المغربي حيث قال : وقال أشهب : تجوز القرعة في الأصناف بالتراضي إلى آخره ، وقوله : لما علمت يعني -والله تعالى أعلم- . لأنها إنما تكون بتراضي الشركاء ولأنها بيع من البيوع والبيع لا يتوقف في جوازه على اتحاد جنس أفراد المبيع .

واعلم أن ما وقع في أول قسمة المدونة حيث قال : وأما الأشجار المختلفة مثل تفاح ورمان وأُترج وغيره وكلها في جنان واحد فإنه يقسم كله مجتمعاً بالقيمة كالحائط لا يكون فيه البري والصيححاني والجعدور وأصناف التمر فإنه يقسم على القيمة . ثم قال : وإن كان صنف من تفاح ورمان في جنة على حدة قسم بينهم كل جنة على حدة

بالقيمة إن انقسم . فهذه المسائل استوفاهما الشيوخ المغربي وابن ناجي هنالك والبرزلي في رابعة قسمه والوانوغي في أول قسم حاشيته وتكلموا على إلحاق ابن القاسم - رضي الله تعالى عنه - الأجناس بالأنواع . وانظر [43 أ] الشيخ البرزلي والشيخ الوانوغي في ذلك فمعناه أن هذه المسائل معنى القسم فيها قسم القرعة ، لأن قسم القرعة هي الأصل في الباب فهي المقصودة به ، يدل على ذلك قول الشيخ ابن عرفة - رحمه الله تعالى - هي المقصودة بالذات ، وقول الشامل : قسمة القرعة هي المقصودة هنا . وإن لم يكن كلامه في جمع هذه الأنواع والأجناس المختلفة بالقيمة في قسم القرعة لكان كلامه فيها مع كلامه السابق الذي سقته على النازلة متدافعا فاعرف ذلك . واعرف مسألة النخلة والزيتونية فظاهره جواز جمع الأصناف المختلفة بالقسم أي بالقرعة . وهي في الورقة 14 من قسم كبير المغربي وتقدمت له قبلها من كلامه هو في ثلاثة الباب وهي في الورقة 23 من قسم كبير ابن ناجي .

الشيخ المغربي في الورقة 14 من قسم كبيره ما نصه : قوله فإن كانت نخلةً وزيتونةً بين رجلين هل يقتسمانها؟ قال : إن اعتدلتا في القسم وتراضيا بذلك قَسَمْتُهُما بينهما فأخذ هذا واحدة وهذا واحدة ، وإن كرهها لم أجبرهما وإن لم يعتدلا في القسم تقاوماهما أو باعاهما ، مثل ما لم ينقسم من ثوب أو عبد أو غيره . ابن يونس : يريد تراضيا أن يسهما عليهما فلذلك شرط الاعتدال . وتقدم في أول الكتاب لعياض أن ابن القاسم - رضي الله تعالى عنه - لا يجيز جمع الصنفين بما يقرعه والتراضي لأن القرعة تنافي التراضي إلا ما يقوم له من مسألة الشجرة والزيتونية . ابن يونس : قال سحنون : ترك ابن القاسم قوله لا يُجْمَع صنفان مختلفان في السهم . عياض : وقد يكون مثل قوله في جمع الثمار المختلفة . وقد أنكر سحنون المسألتين معا . وقيل : المراد هنا أن القسمة مُراضاة والأول

أظهر لقوله إذا اعتدلتا، وإن لم تعتدلا تَقَاوَمَاهُمَا أو باعاهما، ولو كان على التراضي لم يُحتج إلى ذلك، وقيل: إنما جاز ذلك في ما قلَّ للضرورة. كما أجاز في الأرض الواحدة بعضها جيد وبعضها رديء، بخلاف الأرض المفترقة كما لو كثرت ثمار الزيتون والنخل لم يقسم كل إلا على انفراده. وكما قال في الدار البالية مع الجديدة، انتهى من كبير المغربي. وفي الورقة 29 من قسم ابن ناجي اختصرتها سؤالا وجوابا لوجهين أحدهما أن ما في ذكره من القسم خلاف أصله لأن أصله أنه لا يجوز أن يُجمع النوعان المختلفان كالعبد والدابة، ويدل على ذلك إنكار سحنون مؤلفها لذلك حكاه ابن يونس. ثم قال: وحمل ابن يونس قولها على أنها قسمة قرعة فقال: يريد تراضيا أن يسهما عليهما ولذلك شرط الاعتدال، وعن عياض قوله هذا لبعضهم فقال: حملها بعضهم على القرعة لقوله اعتدلتا، انتهى ما يمس منه.

وحاصل الأمر أن قسمة القرعة والسهم لا تجوز إلا في الجنس الواحد والنوع الواحد لا في ما اختلف جنسه كالعبد مع الدابة، وهذه القسمة هي أصل الباب وهي المقصودة في الباب. وأما قسمة التراضي بدون قرعة ودون سهم فتجوز مع اتحاد الجنس ومع اختلافه، ولهذا لم تفسد قسمة النازلة بالخروبة⁽¹⁾ التي فيها وقد جمعها القسم مع أصول الزيتون فاعرف ذلك لأنها قسمة مراضاة. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

[43 ب] الحمد لله، سألني من ناب عن عائشة بنت الحاج محمد الفهمي، وهي الوصية المذكورة بعد، وهو رجل ذكر أنه أخوها مع تركي أتى به لزومه هواه به، ويا ويح أهل تونس من الله تعالى في فعلهم ذلك وقصدهم تبديل الشريعة لهواهم. وذلك في أواخر شهر ربيع الآخر المذكور عن سؤال وأجوبة.

(1) شجر معروف، يسمى أيضا خرنوب مثلما ورد في أول هذه المسألة.

ونص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم عن مسألة هي أن رجلا توفي وترك بنتا لنظر امرأة بالايصاء التام منه، وأن رجلا خطب المرأة الحاجرة في البنت المذكورة فقبلت خطبته وزوجته إياها على صداق مسمى بينهما. ووكّلت من عقد نكاحها منه ووقع بينهما الإيجاب والقبول وذلك منذ مدة تزيد على عام. ثم قامت الحاجرة المذكورة تطلب من الزوج نفقة البنت من زوجها المذكور من يوم العقد عليها وتطلب منه ما ترتب للبنت قبله من مواسم العام، لأن العادة جارية بأن من ملك على بنت يهدي لها في مواسم العام الأول هدية على قدر حاله. فهل يلزم الزوج المذكور أن يدفع لزوجته المذكورة ما ذكر وهي الآن بالغ أولا يلزمه أن يدفع لها النفقة إلا من يوم الرفع إلى القاضي أو لا يلزمه شيء؟ والسلام. إلا أن المدّة المذكورة تزيد على سبعة أعوام.

ونص الجواب الأول بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فلا نفقة على الزوج بمجرد العقد دون البناء أو طلب البناء عند الحاكم الشرعي، وإنما تجب عليه بالبناء وبال دعوة إليه إذا كانت الزوجة مطيقة للوطء غير مشرفة على الموت لمرض بها مقيم والزوج بالغ في سنّه. وأما المواسم المعروفة بين الناس من وقت ملاك الزوج المذكور ففي القضاء بها وعدمه قولان على حد السواء وللحاكم الشرعي أن يحكم بأحد القولين في ذلك. والله تعالى أعلم. وكتبه محمد بن منصور قشور الجبالي.

ونص الجواب الثاني: الحمد لله، ما أجاب به الشيخ المفتي أعلاه صحيح وبمثله أجيب. وكتبه سالم بن علي النفاثي.

ونص الجواب الثالث: الحمد لله، ما أجاب به الشيخان المفتيان أعلاه صحيح وبمثله أجيب، والله تعالى أعلم. وكتبه أحمد بن محمد

المسراتي . وكتبتُ فيه ما نصه : الحمد لله الأجوبة المسطورة عن هذه
النازلة بمثلها أجيب ، والله تعالى أعلم ، وبه التوفيق .

الحمد لله ، سألني عبد القادر بن أبي يحيى السلمي في أواخر شهر
ربيع الآخر المذكور عن سؤال وجواب ، نص السؤال بعد افتتاحه :
جوابكم عن مسألة رجل يملك داراً هي في حوزة وملكه نحو خمسة
عشر عاما إلى أن توفي منذ ما يزيد [44 أ] على عشرة أعوام فارطة
ورثها عنه أخته وابن عمه هما متصرفان فيها بالرّمّ والبناء والهدم وأنواع
التصرفات منذ توفي مورثهما المذكور إلى الآن . فقام رجل أجنبي
وادّعى أن الدار حبسٌ وأثبت وثيقةً استرعاء بالسماع الفاشي لدى مَنْ
يجب بأنها حبس . فهل ثبوتُ الحبس يُبطل حوز الحائز المالك على
الوجه المذكور والحالة ما ذكر أم لا؟ والسلام .

ونص الجواب : الحمد لله إذا كان الأمر كما ذُكر فوثيقة الحبس
بالسماع الفاشي لا يُفتكّ بها من يد الحائز ولا كلام للقائم بها في هذه
النازلة . والله تعالى أعلم ، وبه التوفيق . وكتبه أحمد بن محمد المسراتي .

فأجبت عن ذلك بما نصه : الحمد لله ، قاعدة المذهب عنده أن
شهادة السماع الفاشي في أحباس الرباع لا يجوز للمدعي الطالب إذا قام
بها يريد إخراج الربع من يد حائزه على مشهور المذهب ، صرح بالمشهور
غير واحد من أشياخ المذهب . والله تعالى أعلم ، وبه التوفيق .

تذييل ، في خاتمة الباب 32 من التبصرة التصريح بالمشهور المذكور .
واعرف ما في الورقة 55 من الخامس ، واعرف ما في الورقة 181 من
الرابع وما في الورقة 192 .

الحمد لله ، سألني ترجمان حسين باشا الآن في موفى ثلاثين من ربيع
الآخر المذكور عن نسخة رسم ثم سؤال ثم جواب . نص النسخة : بعد

أن قام أبو الحسن علي الترخمان وشقيقه محمد لدى من يجب وطلب منه الإذن في إسقاط الشفعة عن بلقاسم وعائشة ولدي إبراهيم عقبه لكون والدهما إبراهيم المذكور توفي وتركهما بحال صغر وإهمال، ولكونهما على حالة الفقر والفاقة بحيث إنهما ليس لهما مال يستردان به مشترى الشقيقين علي ومحمد المذكورين من الدار المذكورة وتقديم من ينوب عنهما في ذلك. فأذن لهما - حفظه الله تعالى - في ذلك بعد أن ثبت لديه إهمال الولدين وقرهما ثبوتاً تاماً سمع ذلك منه شهيداه. وظهر أن عليا الترخمان وشقيقه محمد المذكورين صرفاً في رمّ وبناء بالدار المذكورة نحو ستين ديناراً نواصر. فطلب من يجب منهما أن يسقطا عن الولدين المهملين المذكورين الطلب بما ينوبهما من المصروف المذكور في مقابلة إسقاط الشفعة لهما فاسعفاه بذلك ورأى من يجب في ذلك للولدين سداداً وصلاً وتقديماً سمع ذلك شهيداه. حضر الآن لشهيديه مسعود الوصيف المذكور كافياً عن الولدين المذكورين بحق العقد القديم المذكور. وأشهد أنه أسقط للشقيقين علي ومحمد المذكورين عن الولدين اليتيمين المذكورين الشفعة الواجبة لهما شرعاً الإسقاط التام ورضي شركة المشتريين لهما على أن أسقط الشقيقان علي ومحمد عن الولدين المذكورين المطالبة بما ينوبهما في ما صرفاه في رمّ وبناء [44 ب] بالدار المذكورة الإسقاط التام وإبراء الولدين من سبب ذلك الإبراء التام وشهد على إسهادهما بذلك في الحالة الجائزة من سمع ممن يجب ثبوت ما نسب إليه فيه وتقديم من ذكر. أواسط ربيع الآخر عام 1006 [هـ / أواخر نوفمبر 1597 م] بمعرفتهم فلان وفلان من شهود تونس.

ونص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأملكم من القسمة المقيدة أعلاه والحالة أن الولدين المهملين ثبت في حقهما لدى من يجب أنهما

فقراء لا مال لهما، كما أُشير إلى ذلك أعلاه. وصدر إسقاط الشفعة
عنهما على الصفة المفسرة أعلاه. فأراد رجل من أقارب الولدين
المذكورين أن يقوم في الإسقاط المذكور ويُبطله بمال يدفعه عنهما
للمشترين المذكورين ثمن مشترهما لدعواه أن يهب لهما ذلك ويستردّ
المبيع المذكور في شركتهما. فهل الإسقاط المذكور أعلاه في حق
الولدين المذكورين على الصفة المذكورة أعلاه صحيح عامل وليس
للرجل القائم ما ادعاه أم لا؟ والسلام.

ونص الجواب بعد افتتاحه: تأملتُ هذا السؤال والنسخة أعلاه، وإذا
كان الأمر كما ذكر فتسليم القاضي الشفعة عن الولد ولو كان محجوراً
صحيح اتفاقاً إذا كان ذلك نظراً للصبي كما ذكر في الرسم أعلاه ولزم
الصبي ذلك التسليم، بحيث إنه لا قيام له بالشفعة إذا كبر وليس لأحد
ممن ينوب عنه الأخذ بالشفعة لأنها سقطت بإسقاط القاضي عنه، وما
سقط شرعاً لا يتأتى رجوعه.

قال بهرام في شامله: ولو سلم القاضي شفعة المحجور بالنظر لم
تسقط وظاهرها خلافه، فمفهومه أنه لو كان بنظر سقطت، على أن ظاهر
المدونة السقوط مطلقاً سواء كان بنظر أم لا ونصها: ولو سلم السلطان
شفعة الصبي لزمه ذلك ولا قيام له إن كُبر. قال ابن ناجي: سواء كان
الأخذ نظراً أم لا، وبه قال أبو عمران وهو نص المجموعة، انتهى.
فأنت ترى إذا كان التسليم على وجه النظر لا خلاف في صحته ولا كلام
فيه لأحد وهو في النازلة على وجه النظر كما ذكر فلا يختلف في
صحته. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق. كتبه أحمد بن المسراتي.

فأجبتُ عنه بما نصه: الحمد لله، النظر في أموال الأيتام المهملين
للقضاة، ونص المدونة أن تسليم القاضي شفعة الصبي لازم للصبي ولا

قيام له إذا كبر فهذا إطلاق، وقاعدة المذهب عندنا أن «إطلاقات المدونة كالعموم» فيكون تسليم الشيخ المسراتي⁽¹⁾ النازلة - حفظه الله تعالى - مع السداد فيه أخرى وأولى باللزوم. فلا قيام للولدين إذا كبراً عملاً بالعموم الذي اقتضاه إطلاقها. ولا يُقبل قيام القريب المذكور لتجرده فلا يعارض السداد المثبت في التسليم المذكور. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، «إطلاقات المدونة كالعموم» نص عليه الشيخ ابن عرفة. - رحمه الله [45 أ] تعالى - في خاتمة غضب مختصره. وإنما كان تسليم القاضي أحرورياً باللزوم لاقتترانه بالسداد المذكور، لأن إطلاق المدونة اللزوم ولم يقيده بسداد ولا بدونه يقتضي أن اللزوم مع السداد أولى بأن يكون لازماً ووجه الأولوية والأحرورية جلي لاقتترانه بالسداد. واعرف الورقة 15 من الثالث والورقة 205 من الرابع. وقولي: ولا يقبل قيام القريب المذكور لتجرده أي لتجرده عن ثبوت كون الأخذ نظراً وسداداً. فلو كان مع ثبوت ذلك كان تعارضاً حقيقياً: الأول إسقاط القاضي فيه مع أنه نظراً وسداد لا أخذ وهو مناب البناء. والثاني الأخذ نظراً من حيث السداد المثبت وهبة المال لليتيمين فيتعارض البيئتان وقد مضى للأول لأنه لمستند، فكيف والحالة أنه لم يقترن بسداد في بيئته، أعني قيام القريب واعرفه.

وقولي: فلا يعارض السداد المثبت في التسليم المذكور. هذا واضح وهو علة عدم قبول قيام القريب المذكور، لأن قيام القريب المذكور تجرد عن إثبات كون الأخذ سداداً والتسليم اقترن به ثبوت كون التسليم سداداً ولا يمكن أن يعارض السداد مما تجرد عنه. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

(1) ورد بياض بمقدار كلمة بالأصل والإكمال يفرضه المعنى العام.

الحمد لله ، سألني الحاج عبد اللطيف السيليني في الغرة لجمادى الأولى عام 1006 [هـ / 10 ديسمبر 1597 م] عن نسخة رسم نصه : الحمد لله ، اعترف رمضان بن أحمد الخلاصي أن محمداً بن عيسى السيليني كان في حياته أوصى على أولاده كانوا موجودين إذ ذاك أوصاني عليهم قبل موته . وأما في مرضه الذي توفي فيه فلم يُوصني ولم تبلغني وصيته ولم نقبلها وعلى تقدير وجودها فأنا غير قابل لها . شهد على إشهاده بذلك في الحالة الجائزة ثالث عشر ربيع الأول عام 1004 [هـ / 4 نوفمبر 1595 م] بمعرفة محمد بن علي عظيم ثم شهود استرعاء بركات الحنفي وأحمد اللخمي وعلي البداع القصاب وعبد اللطيف علوان .

ونص السؤال بعد افتتاحه : جوابكم بعد تأملكم من النسخة أعلاه والحالة أن محمد السيليني توفي وخلف ولدكُ تزويد له قبل وفاته بنحو ثلاثة أعوام . وقد كان في قائم حياته أوصى رمضان الخلاصي المذكور على أولاد كانوا له قبل الولد المذكور وماتوا قبل أبيهم وبقي منهم بنتٌ هي الآن ذات زوج . فاعترف رمضان المذكور الاعتراف المنسوخ أعلاه وخرج الولد المخلف بعد أبيه عن حجر رمضان بسبب اعترافه المذكور فقدم القاضي عليه عمه ينظر له في أموره . فقام قائم يدعي أن بيده إيضاء أسنده له رمضان الخلاصي المذكور على الولد المذكور ، وأن الإيضاء كان بيد رمضان الخلاصي من أبي الولد وأسنده لهذا القائم . فهل إذا ظهر بيد القائم إيضاء على الولد من أبيه محمد السيليني المذكور لرمضان المذكور وأسنده رمضان للقائم المذكور يعمل به مع اعتراف رمضان الاعتراف المنسوخ أعلاه [45 ب] أو هو غير عامل والحالة ما ذكر ، والسلام .

فأجبتُ بما نصه بعد افتتاحه : تأملتُ ما قبله من نسخة وسؤال . وإذا كان الأمر كما ذكر وكان إسهاد رمضان المنسوخ أعلاه في حياة محمد

الموصي فلا عمل على الإسناد المذكور تقدم تاريخه أو تأخر عملا بالأصح وبه الفتوى، وكذلك إذا كان الإشهاد المنسوخ أعلاه بعد موت محمد الموصي وتقدم الإشهاد قبل تاريخ الإسناد. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، الإشهاد المنسوخ أعلاه الذي أشهد به رمضان المذكور في رده الإيضاء المشار إليه والإشهاد الذي ادعى به القائم المذكور أن رمضان أسند الإيضاء إليه إنما يملكه رمضان إذا قبله، وأما قبل قبوله إياه فتصرفه فيه بالإسناد تصرف في ما لم يملك إذ ذاك لأن قبوله هو الذي يصححه له ويملكه إياه، ولم يذكر السائل في سؤاله إشهادا بقوله. وجعلتُ جوابي المذكور مترتباً على حالتين: الحالة الأولى إذا وقع الرد المنسوخ أعلاه في حياة محمد الموصي، والحالة الثانية إذا وقع الرد المذكور بعد موته. وبدأتُ بالجواب على الحالة الأولى بقولي: إذا كان (نص)⁽¹⁾ رمضان المنسوخ أعلاه في حياة محمد الموصي فلا عمل على الإسناد المذكور تقدم تاريخه أو تأخر عملا بالأصح وبه الفتوى. أردتُ بالأصح في قول الشامل وله عزل نفسه في الحياة ولو قبل على الأصح. ومفهوم الغاية أنه لو لم يقبل أخرى أن يكون له رد الإيضاء في الحياة أيضاً، وأردتُ بأن به الفتوى أدرج المختصر عليه بقوله: وله عزل نفسه في حياة الموصي ولو قبل الإيضاء في حياة الموصي وأخرى أن يكون له رد الإيضاء في حياة الموصي قبل قبوله إياه. والعلة في أن له عزل نفسه وله رد الإيضاء هي بقاء حياة الموصي وقت العزل ووقت الرد لأن في عبارة الشامل والمختصر تقييد هذا الحكم وهو أنه له العزل بحياة الموصي.

وفي الوصايا الأولى من المدونة ما نصه: وإذا قبل الوصي الوصية في حياة الموصي فلا رجوع له بعد موته. الشيخ المغربي في خامسة

(1) إضافة تقتضيها الجملة.

الوصايا الأول من كبيره: مفهوم قوله بعد موته أنه له الرجوع قبل موته . ابن ناجي: وهو كذلك وبه الفتوى لأنه إذا رجع في حياة الموصي فالموصي قادر على أن يوصي لغيره، انتهى . فقولي: فلا عمل على الإسناد المذكور تقدم تاريخه أو تأخر، أي وإنما العمل على الرد في الإشهاد المنسوخ للعلة المذكورة وهي كون الرد وقع في حياة الموصي، والموصي قادر على أن يوصي لغيره في بقاء حياته والإسناد إن فرض تقدم تاريخه على تاريخ الإشهاد بالرد المذكور فالإسناد باطل لأنه إسناد في حالة كون الموصي لم يزل حياً كما فرض في هذه الحالة الأولى فصار إسناد الإيصاء قبل أن يملكه لأنه إنما يملكه بموت الموصي وقبوله بعد الموت، وهذه الصورة هي التي لا ردّ له بعدها في قول المختصر لا بعدها. قال الشيخ بهرام: أي لا بعد الموت والقبول فلا عزل له بعدهما.

فتصرف رمضان الموصي بإسناده تصرف في الشيء قبل ملكه إياه فلا يصح تصرف فيه . وإن فرض تأخر تاريخ الإسناد عن تاريخ الإشهاد بالرد فقد صار الإسناد المتأخر [46 أ] تصرفاً في غير ملكه وفي غير محله لكون الوصي المسند لم يقع منه قبولٌ يملك به الإيصاء فصار قد ملك القائم إيصاء وهو لا ملك له فيه . فهذا التقدير أظهر معنى قولي تقدم تاريخ الإسناد أو تأخر، لا يقال قد نقل الشيخ ابن يونس عن أشهب: إذا جاء من الموصي ما يدل على رضاه من البيع والاشتراء للمحاجر بما يصلحهم أو الاقتضاء أو القضاء عنهم أو غير ذلك لزمته الوصية فلعل الإسناد من هذا النوع، فيكون دالاً على القبول والرضى بالإمضاء لأننا نقول: في الجواب وجوه: منها أنه إذا تقدم تاريخ الإسناد عن تاريخ الرد فالرد بعده يبطله، لأنه رد في حياة الموصي ولو عدّ الإسناد قبولاً على إدخال هذا الإسناد تحت كلام أشهب وعلى اعتبار

دلالة الالتزام من ذلك الإسناد. وقد مرّ أن الرد في حياة الموصي يُبطل الإيصاء على ما مرّ من الأصح وبه الفتوى.

ومنها، أن قول أشهب هذا لم يقترب به ما يترجّح به من تصحيح أو تشهير أو عمل به، والمنقول في كتب المالكية أن ترجيح القول بقائله خاص بابن القاسم - رضي الله تعالى عنه - خصوصاً إذا كان قوله في المدونة.

ومنها، لو سلم ترجيحه فإنه في ما يفعله الوصي للمحاجير من النظريات المالية والتصرفات التي لهم لقوله من البيع والاشتراء للمحاجير الخ. وقوله: أو غيره، ذلك راجع إلى بقية أفراد التصرفات المالية كالأستئجار لهم وغيره من الاحترافات لأن المراد ما به الإطلاق، وهذا الإسناد ليس من التصرفات المالية وليس هو تصرفاً لهم وإنما هو تصرف عليهم، فتأمّله.

ومنها: أن الرد المصرح به في الإشهاد مدلول عليه فيه دلالة مطابقة ودلالة الإسناد على القبول من باب دلالة الالتزام، ودلالة المطابقة أقوى فلا يعارضها ما كانت دلالاته أضعف.

قلت: وأشهب - رضي الله عنه - حدّد أصله بأن أصله اعتبار دلالة الالتزام ولذا قال: إذا حوِّز العطايا أغنى عن القبول لدلالته عليه، يعني التزاماً، وابن القاسم قال: العقد باطل والحوِّز لا يغني عن القبول لأنه ركن الصيغة.

ومنها، أن دلالة الإشهاد على الرد من باب دلالة اللفظ، فإنّ الإشهاد إنما هو موضوع للرد ودلالة الإسناد على القبول من باب الدلالة باللفظ لأنها دلالة في غير محل اللفظ، والقاعدة أن «دلالة اللفظ أقوى فلا تعاوضها الدلالة بالالتزام»⁽¹⁾ لأنها أضعف.

(1) بالأصل: باللفظ، وهو خطأ واضح أصلحناه.

قولي: وكذلك أيضا كان الإسناد المنسوخ أعلاه بعد موت محمد الموصي وتقدم الإشهاد قبل تاريخ الإسناد. هذا جواب عن الحالة الثانية من الحالتين اللتين رُتبتُ عليهما جوابي المذكور والتشبيه في قولي: وكذلك هو في مجرد قولي لا عمل على الإسناد أي هو باطل كما بطل في الحالة الأولى وليس تشبيها في زيادة الأصح وبه الفتوى. والواو في قولي: وتقدم واو الحال، ومعنى الإشهاد، الإشهاد المنسوخ أعلاه وهو الإشهاد بالرد. ووجه علة بطلان الإسناد في هذه الحالة لأنه تصرف بالإسناد في إيصاله قد رده قبل الإسناد، لأنني قد شرطتُ في بطلانه أن يتقدم الإشهاد بالرد قبل تاريخ الإسناد فلا يصح إسناد الآن رده الذي أشهد به [46 ب] وهو المنسوخ أعلاه قد أبطل حقه فيه فلا يملك إسناده إياه. ولو فرض أنه قبل بعد أن رد في حالة ما ذكر من موت الموصي أو أن الإسناد قبول على ظاهر قول أشهب، فهو قبول وقع بعد الرد وبعد الموت فهو قبول غير صحيح أيضا لقول الشامل: ولو رد بعد موته فلا قبول له ثانيا، ولقول المختصر: وإن أبى القبول بعد الموت فلا قبول له بعد. بهرام في الوسط: هذا بين وهو يصير كالأجنبي، ونص عليه أشهب وابن عبدوس فإن أراد الرجوع وأراد القاضي أن يردّه كان حكمه حكم مقدم القاضي لا حكم وصي، انتهى.

نعم يصح الإسناد حيث يقبل الوصي الإيصال بعد موت الموصي ثم يسنده للغير فهذا الوصي قد لزمه الإيصال ولا يصح له رده لأن رده رجوع عن إيصاله قد قبله بعد موت الموصي. وقد مر من قول المختصر لا بعدهما أي لا بعد الموت والقبول فلا عزل له بعدهما. وقد نقل الشيخ ابن ناجي عن الشيخ أبي إسحاق التونسي لا رجوع له بعد الموت والقبول على الأصح. قال ابن ناجي: وأراد بالقبول القبول بعد الموت، ويدل على أن هذا القبول هو المعتبر دون القبول الواقع في حياة الموصي،

أن القبول الذي يقع في حياته قد يعقبه الرجوع والرد في الحياة أيضاً فيقبل أيضاً لما مرّ في عبارة الشامل والمختصر: وله عزل نفسه في حياة الموصي ولو قبل، وفي عبارة المغربي حيث قال: مفهومه أنه له الرجوع قبل موته، وإلى هذه الصورة أشار في الشامل بقوله: لا بعد موته إن قبل على الأصح، انتهى.

وانظر هل يلحق بالصورة اللازم ما إذا قال الوصي الإيصاء في حياة الموصي ووجه إلحاقها بها أنه قد وقع مع القبول والموت معا فلا ردّ بعدهما. وأما لو وقع له مجرد العلم بالإيصاء إليه في حياة الموصي وسكت حتى مات الموصي فقد يقال إن سكوته عن قبول أو ردّ في حياة الموصي بعد إمضاء الإيصاء إليه فلا ردّ له بعده على قاعدة العلم والسكوت. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

الحمد لله، سألني مسعود بن محمد الجربي في يوم الأربعاء عاشر جمادى الأولى عام 1006 [هـ / 20 ديسمبر 1597 م] عن نسخة تقييد ثم نسخة عقد كراء ثم سؤال وجواب.

نص التقييد بعد افتتاحه: قال مسعود بن سالم الجربي أن مسعود بن محمد الجربي سكن في بيتي القبليّة الكائنة في موضع كذا وكذا، وهو الذي اكتريته من عبد اللطيف وشقيقه رمضان بالسواء ويُعرف بهما معرفة تُعني عن التحديد. قال: سكن به مدة ثمانية أشهر فارطة عن التاريخ ولم يُعطني من الكراء شيئاً ولم يزل قبله إلى الآن. قال: والحالة أنه يؤدي كراءه في كل شهر المدة المذكورة للشقيقين المذكورين. شهد على إشهاده بذلك في الحالة الجائزة أواخر ربيع الأول الشريف عام ستة وألف [1006 هـ / أوائل نوفمبر 1597 م] فلان وفلان.

ونص عقد الكراء الذي ادعى به بعد افتتاحه: التزم مسعود بن سالم الجربي كراء جميع الحانوت الشرقي المفتوح الكائنة في موضع كذا

وكذا، ومعرفتها بعبد اللطيف الفتال معرفة كافية [47 أ] عن التحديد، لمدة عامين اثنين من الشهر الموالي لشهر التاريخ، بتسعة دنائير نواصر لكل عام يدفع واجب كل شهر بانقضائه، وذكر أنه قلب مكرهه ورضي به. وحضر عبد اللطيف المذكور وسوّغ له الكراء في ذلك بالعدد المذكور واعترف بقبض جملة العدد وهو كراء العامين القبض التام وأبراه من ذلك الإبراء التام شهد على إشهاده بذلك في الحالة الجائزة أواخر ربيع الأول الشريف عام خمسة وألف [1005 هـ / أواسط نوفمبر 1596 م] فلان وفلان.

ونص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأملكم من النسختين المذكورتين أعلاه وأنّ السائل المذكور قيّد التقييد المذكور جوابه، فمسعود المقيد عليه بأنه سكن الحانوت بالكراء من سعيد الجربي وأنه دفع له كراء ما سكن قبل سفر سعيد المذكور، ولما علم السائل بسفره طلبني لكون الغائب -وهو سعيد المذكور- نوبّه فتاب عنه في كراء الحانوت من ربّه فظهر بعد هذا التقييد. والجواب مسعود السائل عقد الكراء المذكور فوجد فيه مسعود المقيد عليه أن السائل كذبه شهوده في عقده الكراء المذكور أعلاه، لأنهم شهدوا بالكراء ومن عبد اللطيف وحده، وأنها تُعرف بعبد اللطيف معرفة كافية، وهو ذكر في تقييده أنه اكتراها من الشقيقين عبد اللطيف ورمضان وأنها تعرف بهما معرفة تامة. فهل يكون ذلك كذب بينته التي شهدت له بالكراء فتبطل أم لا؟ والسلام.

ونص الجواب بعد افتتاحه: تأملت السؤال وما فوقه وإذا كان الأمر كما ذكر برسم الكراء المذكور لا تقوم به حجة للسائل المدعي بالتقييد المذكور ولاختلاف موضوعي التقييد وعقد الكراء. لأن موضع التقييد أنه اكترى بيتاً قبليّ الباب من عبد اللطيف، وموضوع عقد الكراء أنه

اكثرى حانوتاً شرقي الباب من عبد اللطيف فقط. وعند اختلاف الموضوع يختلف المحكوم به، وإذا اختلف المحكوم به اختلف الرسمان فصار رسم الكراء مخالفاً للتقييد، فلا تقوم به حجة السائل المذكور على تصحيح دعواه في التقييد المذكور، ويلزم منه أنه كذب شهود عقد الكراء المذكور فيبطل قيامه به. والله تعالى أعلم وكتبه أحمد بن محمد المسراتي.

فأجبتُ فيه لمجرد تصحيح الجواب المقيّد أعلاه عن هذه النازلة المسطورة أعلاه: وبمثلها أجيب. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، قولي: هذه النازلة، احرزتُ به من نازلة يتوهم أنها تشبهها وهي في الحقيقة لا تشبهها لأن التقييد بالجار والمجرور له مفهوم كالتقييد بالظرف والصفة والحال كذلك لأنه وصف في المعنى كضربتُ اللّص مكتوفاً، وإذا كان له مفهوم يكون فيه مخالفاً لحكم المنطوق به. وحاصل التخالف الواقع بين كلام مسعود بن سالم في تقييده وبين كلام بيّته في أمور خمسة: منها، أنه قال في تقييده: بيت وبيّته قالت الحانوت. ومنها، أنه قال: قبلية الباب وبيّته قالت الشريفة الباب. ومنها، أنه قال: اكثرى من الشقيقين [47ب] عبد اللطيف ورمضان وبيّته قالت: عبد اللطيف المدفوع له الكراء. ومنها، أنه قال: البيت يعرف بالشقيقين وبيّته قالت الحانوت يعرف بعبد اللطيف. ومنها، أنه قال: نوّدي الكراء في كل شهر المدة المذكورة وبيّته قالت: عبد اللطيف المكري قبض جميع كراء العامين القبض التام.

فهذه خمسة أمور خالف فيها بيّته بالإيجاب والسلب لأن كل معنى ينفي مقابله لأنها مناقضات في أعيان متقابلة والمحقق لثمتين الحمل على التناقض فيها اتّحاد الزمان، لأن زمان الكراء في تلك الأعيان التي وقع التخالف فيها متّحد. ألا ترى أن العامين اللذين في الوثيقة وهما

مدة الكراء قد شملا مدة الثمانية الأشهر التي في التقييد فيتمكن التناقض بذلك . لأن وحدة زمان المتناقضين أحد شروط التناقض . فالأمور الخمسة المذكورة وقعت في دعوى المدعي وهو الذي قيّد التقييد ناقضت موقعها في بيّنته فافتضى ذلك تكذيب بيّنته في الخمسة الأمور التي قالت فلا يأتي بشهادتها شيئاً لما قالت لأنه جرحهم بالكذب في شهادتهم ، وهذا بيّن . وهو الذي نحأ إليه الفقيه أحمد المسراتي في جوابه المذكور .

والشيء بالشيء يُذكر . كان الفقيه سالم الكيال نائب المحكمة أرسل إليّ في يوم الأحد التاسع والعشرين من صفر الخير من عام 1006 [هـ / 11 أكتوبر 1597 م] نائباً عن وكادة اللواتي ورقةً فيها نسخة تقييده ثم نسخة جوابه ثم نسخة شراء وتحتها سؤال . نص نسخة التقييد بعد افتتاحها: قال وادة بن عبد اللطيف اللواتي إنه يملك جميع الجنيينة المشجرة الآن كرمًا كانت بياضاً مؤتلفة من رسمين برادس العليا . ويحدّها قبلةً حق كان للنقاشة والآن للسيفاو وشرقاً البلد المذكور وجوفاً أولاد حبيبو ، وغرباً طريق بحقوقها ومنافعها . وأنّ الأمين سالما حبيبو وزوجه مسعودة بنت إبراهيم حبيبو وضعا أيديهما على الجنيينة وغرساها تعدياً في العام الماضي عن عام تاريخه يليه . أطلب منهما اعترافهما بذلك وإن يرفعا أيديهما عنها وجوابهما بالشهادة . شهد على إشهاده بذلك في الحال الجائزة أواسط صفر الخير عام ستة وألف 1006 [هـ / أواخر سبتمبر 1597 م] بمعرفته .

ونص الجواب: الحمد لله أجاب الأمين سالم حبيبو أحد المسؤولين المذكورين أعلاه عما قيّد عليه أعلاه بعد اعترافه بسماعه لذلك وفهمه بأن الجنيينة ملكه وملك زوجته وفي حوزهما ولا . . . (1) إلا في ملكهما . وإن كان للسائل حق فيشبهه . شهد على إشهاده بذلك في الحال الجائزة أواخر صفر الخير عام 1006 [هـ / أواسط أكتوبر 1597 م] بمعرفته .

(1) بياض بمقدار كلمة في الأصل .

ويليه : الحمد لله ، أجابت مسعودة المسؤولة المذكورة أعلاه عما سئلت عنه أعلاه بعد سماعه وفهمه بمثل ما أجاب به الأمين سالم المذكور نصاً سواء . شهد على إشهادها بذلك في الحالة الجائزة شرعاً . أواخر صفر الخير عام 1006 [هـ / أواسط أكتوبر 1597 م] بتقرر التعريف بهما كما يجب .

ونص الشراء بعد افتتاحه : اشترت مسعودة بنت [48 أ] إبراهيم حبيبو اللواتي من وادة بن عبد اللطيف اللواتي جميع الطريفتين بياضاً بأرض رادس العليا اللتين إحداهما ذات بئر خلطتا وصارتا رسماً واحداً يحدهما قبلة النقاشة ، وشرقاً طائفة من سور البلد المذكور ، وجوقاً أولاد حبيبو وغرباً طريق بالحقوق والمنافع ، اشتراءً صحيحاً جائزاً منبرماً بلا شرط ولا ثنياً ، وتقابضاً في المبيع وثمانه كما يجب بعد الرؤية والتقليب والإحاطة وعلى السنة في ذلك والمرجع بالدرك حيث يجب ويلزم شرعاً . شهد على إشهادهما بذلك في الحال الجائزة شرعاً بتاريخ أواخر قعدة الحرام عام 997 [هـ / أوائل أكتوبر 1589 م] وكتب هذا حتى يحضر حكم الملك ينقل إليه بمعرفتهما فلان وفلان .

ونص السؤال بعد افتتاحه : جوابكم بعد تأملكم من نسخة التقييد وجوابه والتسليم المقيّد جميع ذلك أعلاه ، والحالة أن وادة المذكور بيده حكم ملك جميع الجنيّة مستوفى بالشهادة العادلة كما يجب . وقد أجاب الرجل وزوجته بأن الجنيّة ملكهما وفي حوزهما كما ترون ذلك أعلاه . ثم إن المرأة استظهرت بحكم شرائها لنفسها دون زوجها المنتسخ أعلاه يليه . فهل كذبت شهود شرائها بمقتضى الجواب وسقط حكم شرائها بذلك أم لا؟ والسلام .

فكتبتُ إليه ما هذا نصه : الحمد لله ، الذي يظهر أن جوابها لا يناقض شهادة شهودها ولا يقتضي تكذيبهم لأنها قالت : ملكها وملك زوجها ،

والبينة قالت: اشترت فلانة جميع كذا، ففي كل جملة من هاتين الجملتين قضية موجبة، الأولى جزئية والثانية كلية، والقاعدة أنه لا تناقض ولا اختلاف بين القضيتين الموجبتين بالجزئية والكلية لاتحادهما في الكيف وهو الإيجاب، كقولنا الإنسان متحرك بالإرادة، الحيوان متحرك بالإرادة. كما أن الاختلاف بين القضيتين بالعموم والخصوص لا يقدر. ذكره الشيخ البرزلي - رحمه الله تعالى - ويؤيد ذلك ويشهد له أنه قد تعدد تاريخهما فيقال أصل الشراء لها وحدها في تاريخ السابق عام 997 [هـ / 1589 م]. وجوابها الآن في هذا التاريخ عام 1006 [هـ / 1597 م] أنه لها ولزوجها فيحمل على أنها شاركت فيه بعد تاريخ شرائها، واتساع ما بين التاريخين يُلَاقِي ولا ينافي فلا تناقض ولا تكذيب. ألا ترى أن التاريخ من شروط التناقض والتكذيب بحيث في انتفاء اتحاد التاريخ انتفاء شروطه وهو التناقض والتكذيب. فهذا التقرير يشهد لكلام الشيخ البرزلي وللقاعدة التي قبله. فإن رأيتم كتبه فنعم، والسلام.

قلت: قولي ففي كل جملة من هاتين الجملتين قضية موجبة، الأولى جزئية والثانية كلية، الجملة الأولى في قول مسعودة إنَّ الجنيئة ملكها وملك زوجها هذه موجبة جزئية. أما كونها موجبة فلخلوها عن حرف السلب، وأما كونها جزئية فلأنها أثبتت لنفسها من الجنيئة جزءاً خاصاً لا كلها. والجملة الثانية في قول بيئة الشراء: اشترت مسعودة جميع الطريفتين، هذه موجبة كلية، أما كونها موجبة كلية فلخلوها عن حرف السلب كما مرّ في الأولى، وأما كونها كلية فلأنَّ الحكم فيها على كل أجزاء الموضوع [48 ب] أي جميع الطريفتين مشتراها.

قولي: والقاعدة أنه لا تناقض ولا اختلاف بين القضيتين الموجبتين بالجزئية والكلية لاستوائهما في الكلية وهو الإيجاب كقولنا الإنسان متحرك بالإرادة، الحيوان متحرك بالإرادة. هذا لأن نقيض الموجبة

الكلية إنما هي السالبة الجزئية كقولنا كل إنسان حيوان، بعض الإنسان ليس بحيوان، لا أن الموجبة الجزئية تناقضها، ونقيض الموجبة الجزئية إنما هي السالبة الكلية كقولنا: بعض الإنسان حيوان، لا شيء من الإنسان بحيوان. فهذا التناقض كما تراه وقع بين الجزئية والكلية إنما حصل لأجل اختلافهما بالإيجاب والسلب لا أنه من حيث كلية الكلية وجزئية الجزئية كالجملتين الواقعتين في قول مسعودة وفي قول بيتنها، فإن التعارض ليس بتعارض معتبر ولا بناقض.

وقولي كما أن الاختلاف بين القضيتين بالعموم والخصوص لا يقدح. ذكره الشيخ البرزلي - رحمه الله تعالى - التشبيه واقع في كون القضيتين بالجزئية والكلية لا يعتبر في تحقق التناقض بينهما والتكذيب، فكذلك اختلافهما بالعموم والخصوص وذلك لأن هنا العموم والخصوص قريب من معنى الكلية والجزئية أو هي هو. ألا ترى أن قولنا: كل إنسان حيوان، كل في صيغة عموم قطعاً وأيضاً فإن مدلول العام كلية. قال الشيخ ابن السبكي: أي محكوم فيه على كل فرد فرد مطابقةً إثباتاً أو سلباً، وهذا وجه ما قال الشيخ البرزلي فرجع كلامه مع القاعدة المذكورة إلى التوافق، لكن يأتي قريباً أن شرط التخصيص المنافاة بين الخاص والعام كما صرح به غير واحد كالشيخ شهاب الدين في شرح مختصر المحصول. وكلام الشيخ البرزلي وقع له في الورقة 17 من مسائل الطلاق ونقلته في الورقة 117 من الثالث.

قلت: ومن اختلاف البيئتين واختلاف البيئة وصاحبها الاختلاف في عدد المال المشهود به أو المشهود به المدعى بالقلّة والكثرة كقول المدعي مائة مثلاً وقول بيئته مائة وعشرون، فقال اللؤلؤي: إنه مكذب بيئته، وقاله ابن رشد أيضاً. اعرفه في الورقة 36 من أقضية البرزلي. ونقلتها موعية في ثانياة إقرار برنامج الشواهد، وفي الورقة 71 من السادس

مع مسألة من ادعى ثلاثين ديناراً وهي ذات موطن واحد فجعلته هنالك تكاذباً لاتحاد الموطن معتمداً قول الشيخ اللؤلؤي وابن رشد. ومثله وقع لي في أولى الجزء الخامس في مسألة مقيم بينة بأربعين ديناراً وبينة بخمسين ديناراً من سبب واحد فاعرف ذلك.

وإن كان الشيخ البرزلي ذكر في الورقة 36 من أفضيته إثر نقله مسألة اللؤلؤي أنها معارضة لمسألة المدونة وهي شاهد بمائة وشاهد بخمسين. ومسألة المدونة هذه وقع فيها في المدونة أما أخذ خمسين بلا يمين، وإن شاء حلف وأخذ مائة، وهي تقضي عدم تكاذب البينتين إذ لو تكاذبتا لأبطلتتا معاً بالتكاذب بل جعل للمشهود له الحق في أكثرهما أو في أقلهما [49أ] لا في مجموعها. وجه قول البرزلي إن مسألة اللؤلؤي معارضة لمسألة المدونة يعني لأنهما معاً للتخالف الذي بينهما في القلة والكثرة. وسيأتي الآن من كلام ابن رشد أن التخالف بين البينتين بالقلة والكثرة فيه خلاف.

ومسألة المدونة - ومضت في ثانية سلمها الثاني - ونصها: ولو قال المسلم إليه أسلمت إليّ الثوب الذي ذكرت مع هذا العبد في ما سميت، وأقاما البينة، فهذا سلم واحد إلا أنني أقضي بالبينة الزائدة فيأخذ الثوب والعبد ويلزمه مائة إردب كشاهد له على خمسين وأقرّ على مائة، فإن شاء أخذ خمسين بغير يمين وإن شاء حلف وأخذ مائة، انتهى. وتكررت في أوائل شهاداتها ونصها: ومن أقام شاهداً بمائة دينار ديناً وشاهداً بخمسين، فإن شاء حلف مع شاهد المائة وقُضي له بها، وإن لا أخذ خمسين بغير يمين، انتهى.

ووقع في ثلاثة الطلاق من البرزلي عن ابن رشد قد تقرر في الأصول أن التلفيق بين الشهادتين إنما هو إذا كانتا في شيء واحد واختلف لفظهما أو عمّ أحدهما وخص الآخر أو شهد أحدهما ببعض ما شهد به

الآخر على اختلاف فيه. وأما لو شهد أحدهما بغير ما شهد به الآخر وإن كان مثله فلا تلقى بلا خلاف، انتهى.

وللشيخ البرزلي - رحمه الله تعالى - في الورقة 17 من طلاق حاويه عن جواب الشيخ ابن أبي الدنيا في شاهد بالثلاث والآخر بالأيمان اللازمة، أنها لا تلقى لأن أحدهما شهد بشيء والآخر شهد بخلافه. وتعقبه البرزلي بقوله: تقدم للأشيري إذا شهد أحدهما بالحلال عليه حرام والآخر بالثلاث أنها تلقى. وتقدم أنه يؤخذ من المدونة. وكان يتقدم لنا أنه إذا شهد أحدهما بالحلال عليه حرام والآخر بالأيمان اللازمة أنها تلقى. وكان الجاري على هذا أن تلقى هذه الشهادة إذ لا اختلاف إلا من جهة اللفظ والعموم والخصوص وهذا لا يقدر في الضمير، انتهى ما تمس الحاجة منه. قلت: يؤخذ من المدونة ما أشار به لا قولها وإن شهد أحدهما بالثبوت والآخر بقوله أنت علي حرام أو بالثلاث لزمه الثلاث. وجعله الاختلاف بالخصوص والعموم لا يقدر في الضمير فيه نظر لما تقرّر في الأصول: أن الخاص ينافي العام، ومن ثم كان شرط التخصيص المنافاة بين الخاص والعام.

وبهذا وجه الشيخ شهاب الدين - رحمه الله تعالى - في مسألة الحالف لا لبست ثوباً ونوى كتماناً الفرق بين أن يستحضر غير الكتان ويخرجه عن يمينه بينته حالة الحلف أو يذهل عن استحضاره وعن إخراجها بالنية، فالنية الأولى هي المخصصة لعموم لفظ اليمين لأنها منافية له.

وأما الثانية فإنها غير منافية وإنما هي مؤكدة له في بعض مدلوله لا مخصصة له فيبحث في الكتان باللفظ والنية وفي غيره باللفظ الخلي عن معارضة النية وتخصيصها، هكذا مر. والشيخ شهاب الدين - رحمه الله تعالى - وتعقب به على جميع الفقهاء ذكر ذلك في شرح تنقيحاته وفي الأحكام وفي القواعد، وقررت في الورقة 158 من السادس.

واعرف بحث التحالف بين البيتين في الورقة [49 ب] 18 من
شهادات كبير ابن ناجي في مسألة المدونة المذكورة، وكلامه في مسألة
النعجة والكبش في الورقة 11 من سرقة كبيره، وكلام الشيخ المغربي
هنالك، وكلام الشيخ البرزلي أيضا في الورقة 30 من بيوعه وفي الورقة
33 منها.

قلت: وإيعاب المسائل التي يكون التخالف فيها تكاذباً والمسائل
التي لا يكون التخالف فيها تكاذباً ولا يُقدح في ضم بعضها إلى بعض،
وفي تليف أحد المتخالفين إلى الآخر فهي كلها مستوفاة في التنيهات
التي حَقَّقْتُ في بحث التليف من طلاق برنامج الشوارد، وفي ثانية
إقراره نبذة منه. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

الحمد لله، سألني التاجر محمد الشواشي للتاجر إبراهيم بن أحمد
قبادو الصفاقسي لولده عبد العزيز قبادو في يوم السبت 22 رجب
المذكور عن رسوم ثلاثة. نص الأول بعد افتتاحه: وكُل الشاب عبد
العزيز بن إبراهيم بن أحمد قبادو قاسما ابن حفيده الأربصي ينوب عنه
في أموره كلها بوكالة التفويض التام الداخلة تحته القبض والإبراء بعده
وكل شيء تصح النيابة فيه شرعاً، وجعل بيده طلاق زوجته أم السعد
بنت التاجر محمد الفخفاخ بطلاق الثلاث، وأنه مهما عقد عليها فهي
طالق ثلاثاً على أن يُبرئه والدها المذكور بما يترتب لها عليه من مقدم
صداقها عليه ومهرها، وأن يلتزم له والدها المذكور عقباً درك كل قائم
يقوم عليه منها في ذلك. والتزم أن لا يعزل التاجر قاسما المذكور عن
التوكيل المذكور حتى يوقع التاجر قاسم المذكور الطلاق على زوجته أم
السعد المذكورة التزاماً صحيحاً عرف قدره، وجعل بيده إسقاط الإيداع
عنه في القضية المذكورة ومهما ظهر منه إيداع فلا عمل عليه ولا قيام له
به واعترف أنه لم يودع. وفي إشهاد الشاب عبد العزيز المذكور أنه

أسقط استرعاء البيئات، ومهما قام بيينة فلا عمل عليها ولا قيام له بها وهي كاذبة آفكة. شهد على إشهاده بذلك وهو بحال الجواز وعرفه في أوائل جمادى الأولى من عام خمسة وعشر مائة [1005 هـ / أواخر ديسمبر 1596 م] فلان و فلان.

ونص الثاني بعد افتتاحه: أشهد التاجر قاسم ابن فلان الفلاني نائبا عن التاجر عبد العزيز بن إبراهيم بن أحمد قبادو الصفاقسي أنه أوقع على أم السعد بنت التاجر محمد الفخفاخ الصفاقسي طلقة واحدة أولى لها فيها قبل البناء، وذلك عن أن عفا عنه والدها المذكور في ما يترتب بها عليه من سبب عقد عنده لها عليه قبل تاريخه عفواً تاماً لما رأى لها في ذلك من السداد والصلاح، إذ هي حينئذ بكر وفي حجره وتحت ولاية نظره، وألزم له عقباً درك كل قائم يقوم عليه في ذلك فهو المطلوب بذلك دونه التزاماً صحيحاً عرف قدره. وفي إشهاد الزوج المذكور في التوكيل الذي بيد التاجر قاسم أنه جعل بيده التزامه أنه مهما وقع منه عقد على البنت المذكورة بعد إيقاع الطلقة المذكورة فهي طالق ثلاثاً، ملتزماً عدم عزله عن التوكيل المذكور إلى أن تقع منه الطلقة المذكورة [50 أ] وأنه لم يودع في ذلك وأنه مهما ظهر منه إيداع فلا عمل عليه ولا قيام له به، وأن كل بيينة يستدعيها في ذلك فهي كاذبة آفكة زورٌ لا عمل عليها ولا قيام له بها. شهد على إشهدهما بذلك في الحالة الجائزة قد تقدمت شهادته على إبراء البنت في العفو المذكور وعلى النسبة المذكورة قبل تاريخه، وتأخر وضع الشهادة هنا إلى إيقاع الطلاق المذكور من الوكيل المذكور في موفى عشرين من جمادى الأولى عام خمسة وألف [1005 هـ / 18 جانفي 1597 م] بمعرفتهما وبالوقوف على التوكيل المذكور متضمناً لجميع ما ذكر بشهادة عدلين من عدول صفاقس قد فرع على خطهما بالقلم الحكم مولا هم ابن بالطيب ناجي

وشهد على المطلق المذكور فقط بمقتضى التوكيل المذكور والوقوف عليه أحمد بن محمد المسراتي .

ونص الثالث بعد افتتاحه : ذكر لشهيديه الشاب عبد العزيز بن إبراهيم ابن أحمد قبادو أنّ والده المذكور طلب منه أن يوكله على تطبيق زوجته أم السعد بنت التاجر محمد الفخفاخ وألح عليه في ذلك . وخشيت من إثم عصيانه إن خالفته ، وبعد ذكره لذلك أشهد أنه مهما صدر منه توكيل لأبيه المذكور ولغيره على طلاقها أيّ طلاق كان بإبراء من أبيه المذكور أو بدونه ، أو جعل بيد الوكيل إلزامه طلاقها الثلاث مهما عقد عليها أو التزم عدم عزله حتى يوقع الطلاق عليها أو جعل بيد الوكيل إسقاط الإيداع عنه في ذلك ، ومهما ظهر منه إيداع فلا عمل عليه ولا قيام له به ، أو اعترف أنه لم يودع في ذلك أو أسقط استدعاء البيئات ومهما أقام بيئة فلا عمل عليها ولا قيام له بها وهي كاذبة آفكة أو غير ذلك مما يوجب عليه الوكيل المذكور في شأن البنت المذكورة لمقتضى توكيله إياه أو أشهد هو على نفسه بشيء من ذلك ، قال : فإنني غير ملتزم لشيء من ذلك ولا داخل تحت حكمه وإنما شهد به تضمناً لمسرة والدي المذكور في الوقت والحال ، وخوفاً من إثم عصيانه ورجاء رجوعه لمساعدتي على نكاح البنت المذكورة ويتعسر ذلك مني على حقيقة التزامي لترك البنت المذكورة . أودع شهيديه هذه الشهادة لوقت الحاجة إليها . شهد على إشهاده بذلك وهو بالحال الجواز والمعرفة به تامة وسمع شهيداه ممن يجب الأذن في الإيداع المذكور وذلك بتاريخ أوائل شهر ربيع الآخر عام خمسة وألف [1005 هـ / أواسط أكتوبر 1596م] أحمد الفوراتي ومحمد الغرياني اللخمي .

ونص السؤال بعد افتتاحه : جوابكم بعد أن تتأملوا من النسخ الثالث ، فهل يلزم الشاب عبد العزيز الطليقة التي أوقع عنه وكيله التاجر قاسم

بمقتضى التوكيل المذكور وما أشهده به في ذلك وكيله أولاً يلزمه شيء من ذلك؟ وله أن يبيّن بزوجه أم السعد المذكورة، والسلام.

الجواب بعد افتتاحه: تصفحتُ النسخ والسؤال، وإذا كان الأمر كما ذكر فالذي أوقعه التاجر قاسم الوكيل المذكور عن موكله عبد العزيز المذكور إنما هو طلقة واحدة وهذه الطلقة الواحدة [50 ب] لم يتناولها التوكيل فلا يلزم عبد العزيز الموكل المذكور حكمها. ودليل عدم لزومه حكمها أمران الأول، إن قاعدة المذهب أن التوكيل المفوض لا يتناول الطلاق إلاّ بنص التوكيل، والنص الواقع في رسم التوكيل هو الطلاق الثلاث فبقي ما سواه وهو الطلقة والطلقتان على أصل منع تناول التوكيل إياها. قال في الشامل: ولو قال في كذا تقيّد به وأن القاعدة الأصولية أن أسماء الأعداد لا يدخلها⁽¹⁾ المجاز ولا التخصيص حسبما تقرر في محلّه، وعلى هاتين القاعدتين لا يلزم عبد العزيز الموكل المذكور حكم الطلقة الواحدة المذكورة في الرسم الثاني التي ألزمه وكيله إياها بعدم مستند من قبله للوكيل في إيقاع حكمها عليه.

والأمر الثاني أن الطلقة الواحدة الموقوعة قد أبطلها الإيداع المذكور ولقوله فيه أيّ طلاق كان، وقد توفر شرط الإيداع المذكور وهو ما ذكر في خاتمة رسم المنسوخ ثالثاً، إذ هي طلقة واحدة والإيداع عامل فيها. وعلى هذين الدليلين صارت الطلقة الواحدة الموقوعة معدومة شرعاً، والقاعدة «أنّ المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً». وبعد إذ انعدمت الطلقة الواحدة المذكورة شرعاً وسقط حكمها فلعبد العزيز أن يبيّن بزوجه أم السعد المذكورة إن تقدم عقده عليها إذ لا تخله الطلقة المذكورة لسقوطها بالدليلين المذكورين كما قرّره إذا رجع أبوه لمساعدته على ذلك. وما

(1) وردت الكلمة في الأصل: لا يضرها. وقد أصلحناه تماشياً مع المعنى واعتماداً على ما ورد في الفقرة الخامسة الموالية من هذا النص.

أشهد به عبد العزيز لوكيله قاسم من فصول التوكيل وجودها كعدمها لأن وكيله لم يلزمه من ذلك شيئاً وإنما ألزمه الطلقة الواحدة وقد سقطت لما مرّ.

وبقي في المسألة أن يقال: قول الموكل جعل بيده طلاق الخ هو في قوة قوله أن يطلق أي أن يوقعه، وقوله: وإنه مهما الخ، معطوفة على هذا المجمعول لاشتراك الجملتين في العامل وفي المجمعول بقيد العلاوة، والأولى إفادة الإيداع ابتداء حيث حصل التوكيل، والثانية إفادة الإيقاع كلما تجدد عقد، وقيد العلاوة شرط في الجميع. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، كون قاسم الوكيل إنما أوقع عن موكله عبد العزيز طلقة واحدة على الإبراء مما لا إشكال فيه، ولفظ الرسم الثاني المنسوخ أعلاه صحيح في ذلك. وأما كون هذه الطلقة الواحدة التي أوقعها عنه لا يلزم عبد العزيز الموكل حكمها فيدل على ذلك الدليلان المذكوران في الجواب فتكلم عليهما.

قولي الأول: إن قاعدة المذهب أن التوكيل المفوض، إلى قولي على أصل منع تناول التوكيل إياها، هذا الدليل الأول فيه قاعدتان. الأولى قاعدة فرعية وهي قاعدة «التوكيل المفوض لا يدخل فيه طلاق زوجة الموكل إلا بالنص عليه». ودليل عدم دخوله من النقل ما قاله الشيخ البرزلي في أوائل وكالاته عن النوادر ونصه: المفوض إليه لا يبيع دار سكنى مفوضه ولا يزوج بنته البكر ولا يعتق عبده ولا يطلق [51 أ] زوجته. قال الشيخ ابن عبد السلام: وبه جرى العمل، وقال في الشامل: ويبان موكل فيه بنص أو قرينة أو عادة، ثم قال: إلا طلاقاً ونكاح بكره وبيع عبده ودار سكناه ولو قال في كذا تقييد به.

قلت: ونص الموكل الواقع في توكيله ليس فيه إلا الثلاث ولم ينص فيه على طلقتين ولا على طلقة واحدة، فصارت الطلقة الواحدة غير مأذون فيها من عبد العزيز الموكل فتعين تعدي الوكيل في إيقاعها عنه فتبطل مؤاخذه الموكل بها ويبطل لزومها إياه عملاً بقاعدة تقييده تصرف الوكيل في الطلاق بالنص ولا نص فيها من الموكل كما قررته.

قولي: وإن القاعدة الأصولية أن «أسماء الأعداد لا يدخلها المجاز ولا التخصيص» حسبما تقرر في محله، وأن القاعدة عطفاً على قاعدة المذهب، وتقرير هذه القاعدة الثانية من الدليل الأول أن تقول: لفظ الثلاث من أسماء العدد واسم العدد يتناول أفراد المعدود فيتناول ما تحت الاسم من أفراد المعدود من حيث إطلاق لفظه لا أنه يتناول فرداً من اسم العدد بخصوصية ذلك الفرد فقد أدخل إما المجاز وإما التخصيص في اسم العدد. وإدخاله أحدهما تبطله القاعدة المذكورة إذ القاعدة أن «أسماء الأعداد لا يدخلها مجاز ولا تخصيص» كما مر.

قال الشيخ شهاب الدين - رحمه الله تعالى - وتبعه صاحب ترتيب القواعد واللفظ له ما نصه: القاعدة في أسماء العدد أنها نصوص لا يدخلها المجاز، كأن تُطلق لفظ تسعة وأنت تريد عشرًا، ولا التخصيص كأن تُطلق لفظ تسعة وأنت تريد بها خمسة، والتخصيص مجازٌ إذا نظر فإنه اللفظ المستعمل لغير ما وُضع له لكن فيه إبقاء بعض المسمى، والمجاز قد لا يبنى معه من أسماء الأعداد شيء فالتخصيص أخص من المجاز، فكل تخصيص مجازٌ وليس كل مجاز تخصيصاً. هكذا وقع في القاعدة الخامسة من قواعد العموم والخصوص من الكتاب في الورقة 52 منه. فقول الموكل في توكيله: وجعل بيده طلاق زوجته أم السعد بطلاق الثلاث إذا جعل متناولاً للطلقة الواحدة بالقصر عليها كما فعل قاسم الوكيل، فقد صرف اسم العدد وهو الثلاث أي المجاز إلى

التخصيص ، وذلك لا يجوز في اسم العدد عملاً بالقاعدة . فبسبب عدم جوازه صار فعل الوكيل في إيقاعه الواحدة فعلاً خلياً عن مستند من موكله فيكون متعدياً في إيقاعها فتبطل مؤاخذه الموكل بها ويبطل لزومها إياه . وهاهنا انتهى تقرير القاعدتين اللتين هما محصول الدليل الأول ، فسقوط حكم الطلقة الواحدة الموقفة المذكورة بهذا الدليل الأول ثار من القاعدتين المذكورتين .

قولي : والأمر الثاني أن الطلقة الواحدة الموقفة قد أبطلها الإيداع المذكور بقوله فيه أيّ طلاقٍ كان . تقرير هذا الدليل أن الإيداع الذي أشهد به عبد العزيز في الرسم الثالث قد أبطل حكم [51ب] الطلقة المذكورة التي أوقع عنه وكيله قاسم لأن هذه الطلقة قد تناولها الإيداع بقول عبد العزيز في رسم الإيداع مهما صدر منه توكيل على طلاقها أيّ طلاق كان ، إلى قوله : فإنني غير ملزم بذلك ولا داخل تحت حكمه ، خرج عن هذا اللفظ الطلاق الثلاث ، فإنه لا يصح الإيداع فيه لقول القاضي ابن سهل - رحمه الله تعالى - إنما ينفع الإيداع في الطلاق المباح نقله في الورقة 37 من إرشاد الراغب قائلًا : ومنه مسألة شيخنا البرزلي . وبقية الطلقة الواحدة يصح الإيداع فيها لأنها من المباح وعلى الطلاق المباح يحمل قول القاضي ابن فرحون في ثمانية الباب 34 ونصه : تنبيه ، الاسترعاء ينفع في كل تطوُّع كالعتق والتدبير والطلاق والتحييس والهبة ولا يلزمه إن فعل شيئاً من ذلك وإن لم يعلم السبب إلا من قوله .

وسقوط حكم الطلقة الموقفة بهذا الدليل الثاني ثار من الإيداع المذكور . قولي : وقد توفّر شرط الإيداع المذكور وهو ما ذكر في خاتمة رسمه المنسوخ ثالثاً إذ هي طلقة واحدة ولا إيداع عامل فيها ، شرط الإيداع هو إذن القاضي فيه ، وقد وجدُ إذنه بشهيديه في خاتمة رسم

الإيداع، وإنما كان شرطه إذن القاضي والرفع إليه ليأذن، لأن ذلك من صور النزاع وصور النزاع لا يقطع التنازع فيها إلا القاضي. اعرف تقرير ذلك في أوائل جمادى الأولى وسابع عشرين من رمضان كلاهما من عام 1004 [هـ / 25 ماي 1596 م] وقيدت أعمال الإيداع بالطلقة الواحدة احترازاً من الثلاث المحرم معتمداً على ما مرّ عن القاضي أبي الأصبح بن سهل - رحمه الله تعالى -.

قولي: وعلى هذين الدليلين صارت الطلقة الواحدة الموقعة معدومة شرعا والقاعدة أن «المعدوم شرعا كالمعدوم حساً». هذا التوجيه في بطلان الطلقة الموقعة المذكورة بقاعدة المعدوم شرعا مستغنى عنه بالدليّين المذكورين فإنهما يقتضيان بأنفسهما بطلانهما لأن الدليلين المذكورين اقتضيا بطلان حكمهما وبطلان لزومهما لعبد العزيز قطعا.

قولي: وبعد إذ انعدمت الطلقة الواحدة شرعا وسقطت فلعبد العزيز أن يبني بزوجه أم السعد المذكورة إن تقدّم عقده عليها إذ لا تخله الطلقة المذكورة لسقوطها بالدليلين المذكورين كما قررته إذا رجع أبوه لمساعدته على ذلك.

هذا الفصل جلي مما تقرر في الدليلين لأنهما قد دلا على إلغاء الطلقة الموقعة وعلى عدم الاعتداد بها، وذكرت أن لعبد العزيز أن يبني بزوجه ولم نقل أن يعقد عليها لأن شهيد التوكيل جعلها زوجة وشهيد الطلقة قد صرحا بأن الطلقة قبل بنائه بها يدلّ هذا منهم على أنها معقودة النكاح لعبد العزيز وحيث إذا سقطت الطلقة كان له أن يمضي على عقده السابق ويدخل بها. وشرطت في بنائه رجوع أبيه إلى مساعدته ذلك لأن جلّ سبب إيداع عبد العزيز خوف إثم عصيان والده ورجاء رجوع أبيه إلى مساعدته فلم يصحّ له إيداع إلا بهذا السبب

[52 أ] فإذا لم يرجع أبوه إلى مساعدته لم يزل حكم المنع منسحباً عليه لوجود علة المنع وهي خوف عصيانه، فاعرف ذلك .

قولي : وما أشهد به عبد العزيز لو كي له قاسم من فصول التوكيل وجودها كعدمها لأن وكيه لم يلزمه شيئاً وإنما ألزمه الطلقة الواحدة وقد سقطت بما مرّ . هذا الفصل بين من لفظ التوكيل ومن لفظ الرسم الثاني الذي فيه الطلقة الواحدة الموقعة قبل البناء فلم يقع من الوكيل غيرها .

وقولي : وبقي في المسألة أن يقال : قول شهيد التوكيل جعل بيده طلاق الخ هو في قوة قوله : أن يطلق أي أن يوقعه، وقوله : وأنه مهما الخ معطوفة على هذا المَجْعول لاشتراك الجملتين في العامل وفي المَجْعول بقيد العلاوة فسرتُ لفظ طلاق بأن يطلق وجعلته في قوة أن يطلق لأن لفظ طلاق مصدر في قوة أن المصدرية والفعل وبمعناهما . ثم فسرتُ أن يطلق بأن يوقع الطلاق وهذا الآن تعلق الجعل بنفس المعنى المصدرية لا معنى له إلا من حيث إيقاعه أي أن يوقعه المَجْعول بيده وهو الوكيل عن موكله الجاعل، والقاعدة العرفية بأن عطف الجمل بالواو شرطه أمران : الأول، أن تشارك الجملة المعطوفة الجملة المعطوف عليها في الحكم الإعرابي الحاصل للمعطوف عليها، والحكم الإعرابي هنا هو النصب بجعل فتكون الجملتان في موضع نصب وهذا معنى قولي : لاشتراك الجملتين في العامل بحيث إن اشتراك الجملتين في العامل وهو جعل سوغ عطف الثانية على الأولى، والمعنى جعل بيده أن يطلق عليه فلانة بالثلاث وجعل بيده أن يلزمه أنه مهما عقد إلى آخره . والشرط الثاني أن يكون بين الجملتين المتعاطفتين مناسبة أي جهة جامعة وهذه الجملة الجامعة هي شرط صحة عطف الجملة على الجملة وقبول ذلك كقولك زيد يكتب ويشعر، فتبين .

الحمد لله بقية تذييل :

.....الشيخ ابن عرفة - رحمه الله تعالى - في بحث الشروط في النكاح .
قلت : ما حصله الشيخ ابن عرفة هنالك يقتضي أن شرط النفقة على غير
الزوج في نكاح الصغير إذا لم يبين عاقده حالها إذا مات الملتزم بها ففي
صحة النكاح وفساده قولان . وعلى فساده قال ابن القاسم : يمضي
بالبناء والنفقة على الزوج ولهذا صداق المثل على الأظهر قاله ابن
رشد . وفي نكاح الكبير : الفسخ قبل البناء إلا أن ترضى المرأة برجوع
نفقتها على الزوج وتثبت بعد البناء وتكون النفقة على الزوج ولا يدخلها
الخلاف الذي في مسألة الصغير .

الحمد لله ، سألني محمد بن محمد الخردوق من سوق الزبون⁽¹⁾ وهو
ختن علي صباغ في يوم الثلاثاء 18 رجب المذكور عن نسخة وثيقة بعد
افتتاحه يعرف شهوده الأشقاء محمد وسالم وأحمد أولاد مطير الزواري
معرفةً صحيحة تامة ويشهدون بأن ملكاً من أملاكهم [52 ب] مالاً من
مالهم جميع الربع الشائع من جميع الموضع زيتوناً الكائن معروس قسة⁽²⁾
على واد السلطان ، يحده كذا وكذا ، بحقوق الربع المذكور وعامة منافعه
ما علم شهوده خروج ذلك عن ملكهم ببيع ولا هبة ولا صدقة ولا بوجه
من الوجوه التي تخرج بها الأملاك عن ملك مالكيها أو عن حوزتهم .
إلى أن توفي سالم فورثه زوجه مباركة⁽³⁾ وأولاده منها علي
وسالمة وعائشة وخادم الله ووالده مطير المذكور لا غيرهم . ثم توفيت
مباركة المذكورة فورثها أولادها المذكورون لا غيرهم ، ثم توفي كل من
سالمة وعائشة فورثها شقيقاهما علي وخادم الله المذكوران وجدهما لأبيهما

(1) كذا بالأصل ولعل الصواب الزبون . وهو لفظ يُطلق على نوع من شجر الزيتون ، كما يُطلق على
صناعة الخشب المنتجة لأدوات فلاحية كالمحراث وغيره .

(2) كذا ورد اسم المكان في الأصل .

(3) بياض بمقدار كلمتين بالأصل .

مطير المذكور لا غيرهم . ثم توفي محمد أخو الأشقاء الثلاثة المذكورين فورثه زوجه جمانة الريحانية وأولاده منها سالمة وعائشة وفاطمة ومسعودة ووالده مطير المذكور . ثم توفي مطير المذكور فورثه ولده أحمد المذكور لا غيره . ثم توفي علي بن سالم فورثه زوجه عائشة بنت عم محمد وأخته خادم الله وعصبه عمه أحمد المذكور لا غيرهم . ثم توفيت خادم لله فورثها زوجها سعد الله ابن عمها أحمد وعصبها عمها أحمد المذكور لا غيرهم . ثم توفي أحمد فورثه زوجته عائشة بنت محمد بوزقندة وفاطمة بنت محمد الحلولو وأولاده من عائشة محمد وسعد الله ولطفة ومن فاطمة مطير لا غيرهم . لا وارث لمن ذُكرت وفاته في سوى من ذكر في علمهم . ولم يزل الربع المذكور على حكم الوراثة إلى الآن . ويعين شهوده الموضوع المذكور ويحوزونه بالوقوف عليه متى طلبوا بذلك . وقيدوا بذلك شهادتهم هنا أواسط جمادى الأولى عام 1006 [هـ / أوائل جانفي 1598 م] فلان وفلان إلى آخر أحد عشر رجلاً مؤدّى على شهادتهم لدى من يجب . ويتلوهم رسم العمل منعقد بالشهادة العادلة .

ونص السؤال بعد افتتاحه : جوابكم بعد تأملكم من نسخة الوثيقة المنسوخة أعلاه فهل هي صحيحة عاملة أو هي غير صحيحة ولا عاملة؟ والسلام .

الجواب بعد افتتاحه : إذا كان الأمر كما ذكر فالوثيقة المذكورة غير عاملة لأنها شهادة على استحقاق الورثة الأموات على البتّ، ولم يقيّدوا الشهادة في بقاء ما ورثوه بالعلم وذلك مبطل للشهادة عند مالك - رضي الله تعالى عنه - ولا يتم بالشهادة ملك للوارث ولا تصحّ له وراثة الملك خلافا لابن الماجشون . هذا وقع للشيخ ابن فرحون في تبصرته - رحمه الله تعالى - قائلا : وبالأول القضاء . وقال الشيخ ابن ناجي - رحمه الله تعالى - في كبيره : وبه الفتوى . والله تعالى أعلم ، وبه التوفيق .

تذييل، الشهادة في استحقاق الورثة الموتى لا تكون إلا من علم الشهود فلا ينتقل الملك لورثتهم حتى يقيد الشهود شهادتهم في الملك لهم بالعلم، فقولهم: ولم يزل الربع المذكور على حكم الورثة إلى الآن ولم يزيدوا في علمهم، باطل لا يجوز. قال في فصل الشهادة في الورثة في الورقة 96 من التبصرة ما نصه: لا تجوز الشهادة في استحقاق الميت حتى يقولوا: لا يُعلم المشهود له فوتٌ شيئاً منه إلى حين شهادتهم، وإن شئتَ قلتَ بعد افتتاحه: ولم يخرج عن ملك المتوفى ولا فوتها بوجه من الوجوه في علمهم إلى أن توفى وأورثه [53 أ] ورثته. وإن لم يقل الشهود هكذا لم يتم انتقال الملك للورثة ولا تصحح الشهادة لهم وراثته الملك إلا بذلك. ولو شهدوا على البت كانت غموساً زوراً لا يجوز عند مالك، وقال ابن الماجشون في هذا على العلم ساقطة لا يجوز حتى يقطع الشهود في الشهادة. وبالأول القضاء، انتهى.

قلتُ: موضع البت في شهادتهم في الوثيقة المنسوخة هو في قولهم: ولم يزل الربع المذكور على حكم الورثة إلى الآن، ففي هذا اللفظ الشهادة باستحقاق الورثة الأموات الذي منهم خادم الله بنت سالم التي انجرت ما ورثته لزوجها سعد الله وعمها أحمد عاصبها، ومن الأموات أيضاً أحمد هذا انجرت مخلقه لولده سعد الله لا من حيث ثلث أحمد بالأصالة، فإن ثلثه بالأصالة والاستقرار مشهود فيه من العلم حيث قالوا في صدر الوثيقة: ما علم شهوده خروج ذلك عن ملكهم الخ وإنما هو من حيث عصابته بخادم الله في أبيها سالم وفي أمها وإخوتها وانجرت ما ورثته عنهم لزوجها سعد الله وعمها أحمد عاصبها. فعلى شهود الوثيقة أن يقولوا: ولم يزل الربع المذكور على حكم الورثة المذكورة في علمهم إلى الآن، فيقيدوا شهادتهم في استحقاق الأموات وغيرهم بالعلم عملاً بقول مالك، وبه القضاء وبه الفتوى فحيث لم يقيدوا شهادتهم في ذلك بالعلم بطلت ولا تجوز، فاعرفه.

وقول الشيخ ابن ناجي وقع في الورقة 38 من شهادات كبيره، واعرّف إيعاب نقل ذلك كله في الورقة 104 من السابع، وتحقيق المسألة أيضا في أول وثائق الاستحقاق من وثائق الشيخ الفشتالي - رحمه الله تعالى - . قلت: وفي الوثيقة المذكورة الخلو عن تحديد مدة علمهم بالملك وهو لا بد منه لإمكان معارضتها بملك آخر فيهدى بذكر التاريخ إلى معرفة الأقدم تأريخاً فيعمل بها. اعرّف ذلك في الورقة 12 من مسائل العتق وتوابعه من البرزلي عن وثائق الغرناطي وسلمه، وفي الورقة 45 من أقضيته عن جواب ابن رشد، وفي الورقة 106 من الرابع وفي الورقة 209.

الحمد لله، سألني قاسم الفوراتي من صفاقس في موفى 20 من رجب المذكور عن مسألة امرأة كانت أوصت بثلاث نخلها لأول ولد يتزايد لكل واحد من أولادها، وإن توفي أحد منهم رجع للمزيد الباقي منهم، حتى لو لم يبق إلا واحد منهم استقل به كما هو مفسر في رسم وصيتها. فهل إذا تزايد لأحد الأولاد ولدٌ ميتٌ يستحق نصيبه من الوصية أو يكون كالعدم؟ وإذا تزايد بعده ولد حتى يصدق عليه أنه الأول ويستحق ذلك أم لا؟ والسلام.

الجواب بعد الافتتاح: المتزايد ميتاً لا يستحق نصيبه من الوصية وإنما يستحقه المتزايد بعده حيا، قال بعض الشيوخ المتأخرين وبه وقع الحكم. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، وقع في مسألة الإقرار للحمل من شرح [53 ب] الشيخ أحمد حلولو على المختصر وأن المقر به يصرف للمزيد من الحمل ولو توأمين ويسوى بينهما فيه، وإن كانا ذكراً وأنثى. ثم قال الشيخ أحمد حلولو ما نصه: وقعت مسألة بتونس وهي أن إنساناً أوصى لأول ولدٍ يتزايد لفلانة فوضعت الأول ميتاً أي البطن الأولى، فسمعت أنه

وقع فيها اختلاف بسقوط الوصية وعدم سقوطها ثم حُكِمَ فيها بالصحة بعد إثبات وثيقة بأنّ الناس إنما يقصدون بأول ولد يتزايد حياً فحكم بمقتضاه . والله تعالى أعلم ، انتهى من حلوله ، ونقله في إقرار برنامج الشوارد .

ووقفتُ على ظاهر نسخة عندي من الشامل فيها ما نصه : سئل الشيخ أبو عبد الله محمد بن عبد الرفيح قاضي الأنكحة بتونس عمن أوصى بثلثه لولد ولده الأول منهم كان حياً فتزايد له ولده في حياة الموصي ومات الولد في حياة جده الموصي أيضاً ثم تزايد للولد المذكور ولد في حياة أبيه الموصى له وعاش بعده . فهل تبطل هذه الوصية لأن الولد الأول الذي سبقت له الوصية مات في حياة الموصي؟

فأجاب بأن قوله أول مولود يولد إن حملناه على الأول الإضافي أي أول مولود يكون حياً من أولاد ولده يوم الاستحقاق فتصح الوصية ، وكان هذا هو الذي يقصده الناس في وصاياهم إذ لا مَنْ وُلِدَ ميتاً لا أولاً ولا ثانياً ولا مَنْ كان مولوداً في خصوص يوم الاستحقاق كالميراث ، إذ ليس هذا من باب الميراث وليس هو من باب الميراث بالشك حتى تبطل بل جهل المستحق . والله تعالى أعلم ، انتهى .

الحمد لله ، سألتني قاسم الفوراتي المذكور في التاريخ المذكور عن مسألة امرأة تُوفيتُ وأحاط بميراثها زوجها وأولادها منه وأبواها ، وخلفتُ أسباباً هي حوائج اللباس ومصوغٌ ذهباً وفضة . قُسم ذلك على الورثة المذكورين وناب الزوج عن نفسه وعن أولاده لصغرهم في حجره وقبض لهم متابهم من جميع المخلف المذكور ما هو بالميراث وما هو جرّاء وصية أوصت المتوفاة لأولادها وهو الثلث من مخلفها ، وصار ذلك بيده لأولاده حسبما هو مفسر في رسم قسمة متروكها . ثم أن الزوج المذكور قدر الله تعالى بوفاته وخلف ورثة فقام الأولاد المذكورون

على مَنْ عداهم من ورثة أبيهم فطالبوهم بما قبض لهم أبوهم من المخلف المذكور، فادعى المقوم عليهم أن الأب المذكور تصرف في ما كان قبضه وذهبت عينه وأن للأولاد قيمة ما قبض لهم من الذهب بالسعر الواقع الآن، والحالة أن وقت قبضه لذلك كانت قيمة المثقال نحو ثلاثة دنانير والآن قيمته نحو ثمانية دنانير لكل مثقال. فهل للأولاد قيمة الذهب الذي قبضه لهم أبوهم بثمن المثقال وقت القبض ولا مقال لمن عداهم من ورثة [54 أ] أبيهم في ذلك، أو ليس لهم إلا قيمة الآن؟ والسلام.

الجواب بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فالأولاد المذكورون في تركة أبيهم مثل الذهب الذي قبضه لهم في كمه وكيفه، أي في وزنه وقياسه. فإن لم يُعلم قياسه واختلف الأولاد وبقية ورثة أبيهم في صفة قياسه فالقول قول بقية الورثة في صفة قياسه مع يمينهم فيحلفون على صفة قياسه ويدفعون عدد المثاقيل التي قبض الأب من صفة العيار الذي حلفوا عليه. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، قولي: إذا كان الأمر كما ذكر، أي من استهلك الأب ما قبض للأولاد وذهب عينه فذلك يعلق ما استهلك وما أذهب عينه بذمته فغرم بقية ورثته للأولاد عدد مثاقيل دون قيمتها كما زعم في السؤال، لأن الذي يخلد بذمة الأب إنما هو مثاقيل كما ذكر في السؤال، والمثاقيل من ذوات الأمثال لا من ذوات القيم، لأن ذوات الأمثال هي المكيلات والموزونات والمعدودات وهو مثاقيل موزونة. وإنما كان القول قول بقية الورثة في صفة عيار الذهب عند اختلاف الفريقين لأن بقية الورثة غارمون. وقاعدة المذهب «أن القول قول الغارم» حسب تعليق ذلك على وصف الغارم. ووقع في رهون وسط بهرام ومثله في آخر غضبه حيث تكلم على مسألة تلف المغصوب فقال: القول قول الغاصب في

تلفه وفي قدره وفي صفته لأنه غارم . وفي رابعة رهون المدونة : إذا ضاع الرهن عند المرتهن فالقول قوله في صفته وتقوم الصفة . وفي ثانية التذليل من صغير المغربي ما نصه : قوله وإن اختلفا في الصفة فالقول قول البائع مع يمينه . المسألة قال ابن يونس : لأنه عام ، ثم قال : وإن لم ينقل فالقول قول المبتاع . قال ابن يونس : لأنه غارم . اعرفه واعرف بقيته هنالك فاعرف ذلك . وأيضا الأصل براءة الذمة فكل ما كان أقل كان فيه نوع من أنواع براءتها فالقول قول مدعيه . والله تعالى أعلم .

وكذا القول في القضية بالوزن أي في صفة عبارها القول فيها قول بقية الورثة لأنهم غارمون كما مرّ ، ثم بعد حلفهم يدفعون عدد الوزن الذي قبض مورثهم واستهلكه لأنها من ذوات الأمثال . وأما حوائج اللبس فيدفعون قيمتها للأولاد ، فإن اختلف الفريقان في قيمتها فوصفها الفريقان وقت الصفة والقول في الصفة قول بقية الورثة لأنهم غارمون - كما مرّ - ولم يستدع السائل في سؤاله الجواب عن الفضة ولا عن حوائج اللبس ، فلهذا تركتُ الكلام عليها في الجواب . والله تعالى أعلم ، وبه التوفيق .

[54 ب] الحمد لله ، سألتني قاسم الفوراتي المذكور في التاريخ المذكور عن نسخة رسم صدقة شهادة شهود قرقنة بعد افتتاحه : أشهدت أم العز بنت بن علي ابن الحاج عبد العزيز عُرِفَ البردعة القرقي أنها تصدّقت على ابنتها أم الإخوة من بعلها المتوفّى عنها محمد بن سعدون الكلابي القرقي بجميع الثمن الصائر لها بالإرث من بعلها المذكور وبجميع الثلث الصائر لها بالإرث في ولديها منه سعدون المتوفّى قبله مما صار له بالوصية من جدّه سعدون والد بعلها محمد المذكور ، وبجميع الثلث الصائر لها بالإرث في أخيها لأمها علي بن سعدون المذكور مما صحّ له بالإرث في والده المذكور . وذلك كله شائع في جميع الرباع المخلفة عن ذكر بجزيرتي

قرقنة الكبرى والصغرى برأ وبحراً وذلك في جميع الشراك الكائن بالسوادين قرب باب الكلايين بكبرى الجزيرة المذكورة، وبه نخلة واحدة، يحده كذا وكذا وفي جميع كذا يحده كذا وكذا إلى آخر الأملاك بجميع حقوق الأماكن المذكورة ومنافعها وما بها من الأشجار وغيرها. صدقة بتة بتلة لوجه الله العظيم وابتغاء ثوابه الجسيم. صرمت ذلك من مالها وأبنته عن كسبها وصيرته بحكم هذه الصدقة ملكاً من أملاك ابنتها أم الإخوة المذكورة مالاً من مالها، وأذنت لها في حوز جميع ذلك عنها.

فحضرت أم الإخوة المذكورة وقبلت منها ووكلت بعلمها إبراهيم بن سعيد كراوة بشهادة شهيديه على حوز الأماكن المذكورة، فحاز جميعها بمعاينة شهيديه بالتطوف عليها حوز مثلها من مشاع الرباع تنميماً للصدقة المذكورة وإمضاء لحكمها الشرعي. وشهد على إشهاد المتصدقة وابتنتها الموكلة وزوجها الحائز المذكورين فيه بما عنهم فيه وهم بحال الصحة والطوع والجواز، وعرفهم من عاين الحوز المذكور في ما ذكر كيف ذكر في أواخر شوال من عام 999 [هـ / أواسط أوت 1591 م] فلان وفلان وفلان ثلاثتهم عدول في قرقنة. ويتلوه خطاب الفقيه عبد الله أيوب نائب صفاقس الآن بالثبوت.

ونص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأملكم من الصدقة المذكورة أعلاه والحالة أن مداخل أم العز المتصدقة في الرباع المذكورة صحيحة موجودة والملك المحدود المذكور ثابت، مخلف عن ذكر، والمدخل فيه لمن ذكر ولا عليها دين وقادرة على نفسها في ما تتمعش به، ولا هي محجورة ولا سفيهة وهي صحيحة وقت أن تصدقت، وفي رسم الصدقة: في الصحة والطوع والجواز. فهل - رضي الله تعالى عنكم - صدقتها المذكورة ماضية بثلاثة من عدول جزيرتهم قرقنة والحالة ما ذكر؟ والسلام.

الجواب بعد افتتاحه : إذ كان الأمر كما ذكر أعلاه وثبت رسم الصدقة المذكورة أعلاه لدى مَنْ يجب وأسقط الإعذار فيه من يجب له فالصدقة المذكورة صحيحة ماضية لوجود أركانها وتوفر شرائطها وانتفاء موانعها حسبما ذكر ذلك أعلاه والله تعالى أعلم ، وبه [55 أ] التوفيق .

تذييل ، اعرف الأركان والشروط والموانع في واقعة المرابط أحمد بن بالطيب عُرِف النعيجة الفوناسي في يوم الأحد ثالث محرم الحرام عام 1006 [هـ / 16 أوت 1597 م] مرّ قريباً .

الحمد لله ، هذا بقية تذييل جواب وسؤال لم يُوجد أولهما :

...للتلف ثم لا يضمن وإن أودعهما لغير هذا الذي يُعذر به ضمّن الشيخ المغربي قوله : ولم يكن صاحبها حاضراً مفهومه لو كان حاضراً فلا يودعها فإن فعل ضمن . وقوله : ولا يعرضها للتلف أي لا يودعها لغير ثقة ، انتهى . ووقع في الضرر في فسخ الوصية نكاح اليتيم في الورقة 17 منها ما نصه : كل أمين إذا ضيّع أمانته أو غرر بها أو تعدّى عليها بوجه من الوجوه المخوف عليها فهو ضامن لها ، انتهى . ونقله الشيخ البرزلي في ثانياً وديعته ونقلته في الورقة 23 من السادس ، وفي أواخر رمضان 1005 [هـ / منتصف ماي 1597 م] وفي ثالث صفر عام 1007 [هـ / 6 سبتمبر 1598 م] واعرف تاسع عشرين من رمضان عام 1002 [هـ / 25 أبريل 1599 م] .

قولي : وانتفى عذره بخوف عليه ممن يتناوله من جيبه المذكور . هذه الجملة هي مصدوق النفي الثاني وهي معطوفة على جملة انتفى عذره بخوف عورة جيب التي قبلها ، فالضمير المضاف إليه في عذره عائد على عبد الهادي ، وتخوف معمول عذره وضمير عليه عائد على المال الوديعة والضمير المنصوب في تناوله كذلك ، والمرفوع عائد على

مصدوق من في قولي فمن . وممن يتعلق بخوف ومن جيبه يتعلق بتناوله
وضمير من حبيبه عائذ على عبد الهادي .

وقول السائل: إذ لو تركها فيه لسلمت ودلالته على نفي عذره إذا
اعتذر بخوف على المال الوديعه ممن يناوله من جيبه بين لأن السائل
جعلها تسلم ببقائها في حبيب عبد الهادي المْبْضَع معه، فيلزم من
سلامتها فيه أن يكون نقله إياها من جيبه موضع سلامتها تغريراً بها
وتعدياً عليها، إذ قد نقلها من موضع الأمن والسلامة إلى موضع الخوف
عليها بلا مسوغ من إذن أربابها أو خرم الجيب في الخوف الأول أو
متناول يتناولها في الخوف الثاني . وإذا كان نقله إياها من جيبه تغريراً
بها وتعدياً عليها بدون المسموع المذكور وجب عليه ضمانها بالدليلين
المذكورين، وهما ما مر من كلام المدونة وما مر من كلام الطرر،
وينفي خوفه وعذره المذكورين خرجت الوديعه في هذه النازلة عن فرع
دفعها لمحترم أو لفارس ينجو بها . وعن فرع إلقائها بشجرة ثم لم
يجدها فيها، وعن فرع ابتلاعها فلم تخرج فلا تدخل بضاعة النازلة
تحت فرع من هذه الفروع ولا يتناولها [55 ب] حكم هذه الفروع وما
ضارعها لأن هذه الفروع وما ضارعا العلة المسوغة للإيداع فيها هو عذر
الخوف عليها إذا بقيت عند المودع، والبضاعة في هذه النازلة خلية عن
الخوف عليها إذا بقيت في جيب المْبْضَع معه وهو عبد الهادي فكان
متعدياً في إيداعه إياها فوجب ضمانه .

ولنجلب النقول في الفروع المذكورة فنقول: في قراض المدونة: لا
يودع العامل شيئاً إلا لعذر ويُعذر في السفر . ابن ناجي في كبيره،
تكررت في الشركة، وفي صدر كتاب الوديعه: والسفر هو مظنة الخوف
غالبًا، فلو فرضنا أنه كان مأمونا فهو نادر فلا يعتبر، قاله شيخنا البرزلي
ولم يرتضِ قولي إنه ضامن . المغربي: ومن هذا، المسافرون ويكون

عند أحدهم الودیعة ویكون فی الرفقة من یحترم فیودعها عند خوف اللصوص فیؤول الأمر إلى غیر ذلك لا یضمن، وكذلك إن خرج علیهم اللصوص فطرح الودیعة فی موضع یرجو سلامتها فیه فرآه اللص فأخذها لا ضمان علیه، انتهى.

قلتُ: قوله والسفر هو مظنة الخوف غالباً یعنی فذلك عذر فی الإیذاء فیه. وقوله: ولم یرتض قولی إنه ضامن، یعنی إذا أودع فی السفر المأمون النادر أمنه. ووجه قول البرزلی بعد ضمانه إذا أودع المأمون النادر أمنه أن التعلیل فی ذلك بالمظنة، والقاعدة فی التعلیل بالمظنة أنه «لا یتخلف الحكم یتخلف مضمونه» وهو العلة فی بعض الصور فاعرف ذلك.

وفی ودیعة حواشی الشیخ الطرابلسی ما نصه: قوله: وإن أودعت مسافرٍ مالاً فأودعه فی سفره إلى آخر، ولو خرج علیهم لصوص فأعطاهما لفارس ینجو بها أو ألقاها فی شجرة فضاعت لم یضمن، قاله فی العتبية، ولو ابتلعها فلم تخرج من جوفه لم یضمن. قاله اللخمي فی کتاب الجنائز، انتهى.

وفی أول ودیعة حاشیة الشیخ الوانوغی ما نصه: قوله أو خاف عورة منزل، فی سماع سحنون: فی من أبضع مع رجل مالاً فخرج علیهم اللصوص فلماً أرهقوه ألقى البضاعة فی شجرة یحزرها علی صاحبها فذهبت، قال: لا ضمان علیه، قیل له: فلو دفعها المودع لفارس لینجو بها من اللصوص هل یضمن؟ قال: إذا كان هذا، لا ضمان علیه. ابن رشد، هذا بین لأن خروج اللصوص فی السفر كخرب منزله فی الحضر، انتهى. ووقع فی سابعة ودیعة البرزلی عن جواب الشیخ اللخمي فی من عنده عقد جوهر ودیعة فی تابوته فضاع ما معه وسلم العقد فنقله إلى حائط وسواه وطین علیه قصداً إلى الحفظ ثم طلبه

فلم يجده . فأجاب : فعله أولاً جائز لقصده الحفظ . ثم تكلم على حكم كشف إشكال الموضوع بما يدل على الصدق وعلى الكذب في دعوى الوضع في الحائط وعلى حكم هدم الحائط وبنائه . وذيل عليه الشيخ البرزلي مسألة نوازل أصبغ : من دفن الوديعة ثم قال : لم أقدر على موضعها ولم أصفه فهذا ضامن لأنه مضيّع لا يدري كيف دفنها إلا أن يقول دفتُّها في بيتي وحيث يجوز لي منها من المواضع التي يرى أنه أحرزها فيه كما كان يحرز متاعه وقد أيقن أنه دفنها فيه فلا ضمان عليه إذا كان يحفظ الموضوع الذي دفنها فيه .

قلت : إلى مسألة دفنها أشار في ثانية [56 أ] وديعة الشامل حيث ذكر مواضع عدم ضمانها بقوله أو دفعها ، نظر . وللشيخ البرزلي في سابعة قراضه ما نصه : ووقع في الرواية إذا رأى العدو فألقى الوديعة في شجرة ثم رجع فلم يجدّها فلا شيء عليه ، ووقع نحوها في هذا الوقت وهو إن بلع الوديعة لما رأى اللصوص وأبت أن تخرج ، فأفتى فيها بعض شيوخنا لا ضمان عليه ، أخذاً من مسألة الشجرة .

قلت : هذا قصور من الشيخ البرزلي حيث ذكرها بالقياس على مسألة الشجرة وهي في كتاب الجنائز وتبصرة اللخمي حسبما مرّ من نقل الشيخ الطرابلسي فاعرفه . وهذه الفروع وهي فرع الدفع لمحترم أو لفارس لينجو بها وفرع إلقائها في شجرة وفرع ابتلاعها فيها كلها الخوف المحقق على الوديعة بسبب خروج اللصوص على الرفقة . وهذه النازلة المسؤول عنها لا خوف على البضاعة فيها لقول السائل في آخر سؤاله : إنه لو تركها في جيبه لسلمت فهذا الأمن عليها وهي في جيبه وعدم انخرام جيبه هو علة الضمان في النازلة . وخوف اللصوص في السفر مثل خراب المنزل في الحضر على ما قاله ابن رشد في نقل الوانوعي وقد مرّ ، وانخرام الجيب بمنزلة خراب المنزل ، والنازلة فيها الأمن على

البضاعة لو تركها في جيبه على ما صرح به في السؤال فارتفع الخوف عليها في الجيب المبيح لا يداعها فافهم ذلك . وقد مرّ موجب الضمان لفقد مبيح الايداع وهو الخوف وصار عبد الهادي يداعه مضرراً متعدياً ، وقد مرّ تقرير ذلك بما لا مزيد عليه .

قلت : وقد يكون جواب هذه النازلة هذا نصه بعد افتتاحه : إذا كان الأمر كما ذكر فإلقاء عبد الوهاب المال المذكور للرجل المذكور خلا عن مسوّغ شرعي كانخرام جيبه وكخوف على المال لقول السائل في سؤاله إنه لو تركه في جيبه لَسَلِمَ فلا تدخل هذه النازلة تحت حكم فرع دفع الوديعة لمحترم أو لفارس لينجو بها أو فرع إلقائها في شجرة فلم يجدها أو فرع ابتلاعها فلم تخرج فيجب حينئذ على عبد الهادي ضمانه . والله تعالى أعلم ، وبه التوفيق .

قولي : فلا تدخل إلخ ، الفاء آذنت بأن ما بعدها كالنتيجة عمّا قبلها وهو قول السائل . وقولي : فيجب حينئذ ، هذه الفاء أيضا آذنت بأن ما بعدها كالنتيجة عمّا قبلها وهو كون النازلة لا تدخل تحت حكم الفروع المذكورة الذي حُكْمُ جميعها عدم الضمان . وبقية تذييله يُعلم من تذييل الجواب السابق في الورقة المستفتى فيها . والله تعالى أعلم ، وبه التوفيق .

الحمد لله ، سألني تركي وهو بخارج باب الجديد من تونس من أصحاب الكاتب رجب في يوم الثلاثاء غرة جمادى الثانية عام 1008 [هـ / 19 ديسمبر 1599 م] عن مسألة رجل أُسِرَ في يد عدو الدين في صغر سنّه في وقية النصرى بالمهدية ، وأسر معه عددٌ كثير من المسلمين رجالاً ونساءً ، فلما أن صاروا في أرض العدو وتزوج هنالك امرأة من المسلمين بعد أن اجتمع رجال من المسلمين في مكان هنالك وأكلوا طعاما وليمةً على تزويجه إياها ووقع الايجاب والقبول بين الزوجين بمحضر من دُكر ، وبقيا على ذلك مدة بأرض العدو وتزايدت لهما أولاد

ثم قدر الله تعالى [56 ب] بسراحهما وخرجا من بلاد العدو لبلاد المسلمين، وبقي على ذلك مدة إلى أن توفي الرجل المذكور. فهل تزويج الرجل للمرأة ببلاد العدو على الوصف المذكور صحيح عامل وما تزايد لهما من الأولاد هنالك يرثونهما ميراثا صحيحا شرعيا ولا مقال في ذلك لقائل؟ والسلام.

الجواب بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر وكانت المرأة المذكورة وقت التزويج المذكور خلية عن عصمة شرعية سابقة عليها ووقع الإيجاب والقبول بين الرجل ووكيل عن المرأة أذنت له في تزويجها منه وسمى لها مهراً ورضيت بذلك بحيث إن البضع ما خلا عن عوض، فالتزويج المذكور صحيح عامل لقوله - صلى الله عليه وسلم تسليم - (لا نكاح إلا بوليٍّ وصداق وشاهدي عدل) وجماعة المسلمين يقومون مقام العدلين في فقدهما وصح النكاح، وبصحته يترتب عليه الميراث الشرعي. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، اعرف الورقة الرابعة من الجزء الأول وقضية سليمة بنت التريكي المشار له في الورقة 90 منه. واعرف قضية محمد بن عجل أمه حيث تزوجت امرأته في بلاد النصارى وهو أسير معها فزُوجت آخر هنالك وعصمته باقية عليها.

الحمد لله، سألتني محمد بن مسعود ناني من بنزرت مع أحمد الرقازي في غرة جمادى الآخر عام 1008 [هـ / 19 ديسمبر 1599 م] عن نسخة وثيقة بعد افتتاحه: طلق محمد بن مسعود ناني زوجته مباركة بنت منصور القرشي طلقة واحدة هي آخر الثلاث فحرمت عليه إلا بعد زوج على غير فداء ولا ترك شيء. شهد على إشهاده بذلك في الحالة الجائزة سابع عشر ربيع الأول عام ثمانية وألف [1008هـ / 7 أكتوبر 1599 م]

بمعرفة أحمد بن محمد بن فتح الله بو الأوذان نائب بنزرت الآن، ويلى ذلك ما نصه: وممن حضر لذلك أحمد بن مسعود عباس والحاج بو جمعة بن محمد الفاسي، وعلى اسم أحمد عباس علامة الأداء وتحت ذلك ما نصه: الحمد لله، يعرف شهوده أحمد بن مسعود عباس والحاج بو جمعة بن محمد الفاسي شاهدي الاسترعاء المذكورين أعلاه ومحمد ابن مسعود ناني المشهود عليه المذكور أعلاه المعرفة الصحيحة التامة. ويشهدون مع ذلك بأن بين الحاج بو جمعة ومحمد المذكور عداوة ومقاطعة على أسباب الدنيا وحطامها من قبل أداء الشهادة المقيّدة أعلاه ومتصل في علمهم إلى الآن، وبأن أحمد بن مسعود يؤخر الصلوات المفروضة عن أوقاتها المقدره لها شرعا، ويترك صلاة الجمعة من غير عذر شرعي وذلك من قبل أدائه الشهادة المقيّدة أعلاه، ومتصل ذلك في علمهم إلى الآن. وشهدوا بذلك هنا أواخر جمادى الأولى عام ثمانية وألف [1008 هـ / أواسط ديسمبر 1599 م] سفر الضاش ابن محمد التركي شهد في الحاج بو جمعة وعلي الضاش ابن عبد الله التركي شهد كذلك. وحضر الضاش ابن علي التركي شهد في أحمد ومحمود الضاش ابن والي التركي شهد كذلك. وتحت ذلك بقلم الأداء المذكور يكتب العمل ويتلوه رسم العمل بشهادة شهيدين من شهود تونس. وبأعلى محوّه سؤال نصه بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأمّلكم من النسخة المسطورة بمحوّه ومن الوثيقة تحتها، هل يلزم الرجل محمد ناني الطلاق [57 أ] المذكور بحيث لم يبق عليه سوى شاهد واحد وهو أحمد بن محمد بن فتح الله أو لا يلزمه الطلاق؟ والسلام.

الجواب بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فلا يلزم الرجل المشهود عليه في زوجته المذكورة الطلاق المشهود به، لكن عليه أن يحلف بالله تعالى في مقطع الحق على تكذيب الشاهد الباقي عليه في النسخة

المذكورة بمحوّل أعلاه . فإذا حلف وكتب يمينه بشاهدين خُلّي بينه وبين زوجته المذكورة . والله تعالى أعلم ، وبه التوفيق .

تذييله ، اعرف هذه المسألة في أوائل الباب الثاني من التبصرة في القضاء بشاهدين لا يجزي غيرهما . وفيه إن نكل عن اليمين سُجِن حتى يحلف ، فإن طال سجنه سنة ولم يحلف خُلّي سبيله ، وقيل : سُجِن أبداً حتى يحلف .

الحمد لله ، سألني بوسلامة بن العابد القرقوري في يوم الأربعاء ثاني جمادى الآخر عام 1008 [هـ / 20 ديسمبر 1599م] عن نسخة تقييد وجواب وسؤال وجواب .

نص الأول ، قال سلامة بن العابد القرقوري متكلماً في حق نفسه إنه كان منذ مدة تقرب من عام واحد فارط عن التاريخ دفع لخميس بن سعيد الجربي عُرف قطوسة ثلاثة سفاسر عمل جربة على وجه الحفظ ليبيع له ذلك بالجزائر ويسوق له بذلك ما شاء من السِّلَع ، قال : ثم إني بعد مدة سافرتُ لجزيرة جربة فبلغني أن خميسا المذكور قدم لتونس وأنه باع السفاسر بالجزائر بسبع كرونات ذهباً إلا ربع الدينار وأنه تسوّق بذلك شواشي وجوزُ وأنه دفع ذلك لبلقاسم بن عمر الجربي عرف قطوسة وأذن له أن يدفع ذلك إليّ ، وذكر له أن ذلك متاعي ثمن السفاسر المذكورة التي أرسلتُ معه . ثم أرسل إليّ بلقاسم المذكور مكتوباً وذكر لي ذلك على الوجه المذكور فأرسلت له مكتوباً وأذنت له أن يدفع ذلك لشقيقي سعيد فأبى أن يدفعها إليه ولم يزل ذلك قبلكَ إلى الآن . أسأل بلقاسم اعترافه بذلك وأنْ يمكنني من ذلك لأنه حقي كما ذكر له الدافع وكما أرسل هو إليّ بذلك كتاباً وجوابه عن ذلك فصلاً فصلاً بالشهادة . شهد على إشهاده بذلك في الحالة الجائزة أواسط ربيع الآخر عام ثمانية

وألف [1008 هـ / أوائل نوفمبر 1599 م] بمعرفته، وليس له قبله دعوى عدا ذلك. فلان وفلان.

ونص جوابه: الحمد لله، أجب بلقاسم المسؤول المذكور أعلاه عما قيّد عليه أعلاه بعد اعترافه بسماعه وفهمه، فعن قبضه الشواشي والجوز بواسطة رجل تاجوري من خميس المذكور. وأذن لي أن نُمكنها السائل المذكور لكونها أمانته. قال: واستقرتُ عندي إلى أن قدم خميس المذكور ووجد الأمانة لم تزل عندي فقبضها مني وأنكر ما عدا ذلك. 1008 [هـ / أوائل نوفمبر 1599 م] بتقرر التعريف به فلان وفلان.

ونص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأملكم من نسخة [57 ب] التقييد وجوابه، والحالة أن خميساً المذكور توفي وادعى بلقاسم المسؤول أنه ردّ له الأمانة كما ترونه في جوابه أعلاه. فهل يُقضى على بلقاسم المسؤول المذكور بأداء الأمانة المذكورة لربها بمقتضى جوابه المذكور أعلاه، ولا يقبل منه ما ادعاه من رد ذلك لخميس المذكور أم لا؟ وإن قلتم لا يقضى عليه بذلك هل عليه البينة أنه رد ذلك لخميس المذكور في حياته أم لا؟ والسلام.

ونص جوابه بعد افتتاحه: تأملتُ السؤال وما فوقه وإذا كان الأمر كما ذكر فلا تُقبل دعوى بلقاسم المذكور في رد الأمانة لخميس المذكور بعد وفاته وعلمه بأنه لغيره، وعلى بلقاسم المذكور غرّمها لربها أي سلامة المذكور. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق. وكتبه أحمد بن محمد ابن أحمد المسراتي. فكتبتُ تلوه ما نصه: الحمد لله، الجواب المسطور أعلاه صحيح وعليه أجيب. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييله، قبضها بلقاسم على أنها لغير دافعها إليه وعلم بذلك فكيف يسوغ له أن يدفعها لغير ربها والحالة أنه معترف بأن دافعها إليه وهو خميس أمره بأن يدفعها إلى أبي سلامة وأنه هو ربّها.

قلت: ويشهد لغرم بلقاسم مسألة المدونة في عامل القراض إذا ادعى نفقةً بعد المحاسبة لم يصدّق، وعليه درج في الشامل واختاره ابن يونس وابن رشد كمدعٍ غلطاً أو وهماً بعد القسمة. قال البرزلي في ثلاثة قراضه: والصواب عدم قبول قوله لأنه سلم المال، لزمه على أنه متاعه، فلا يقبل منه بعد ذلك خلافه.

قلت: وخميس في النازلة دفع المال لبلقاسم على أنه متاع بو سلامة فلا يقبل منه خلافه فبلقاسم متعدّ حيث قبل منه خلاف ذلك ورد المال إليه بلا مقتضى فوجب غرمه. فاعرف ذلك. ومسألة القراض في برنامج الشوارد، ويشهد لغرم بلقاسم أيضاً مسألة سماع سحنون ابن القاسم إذا علم المودع أن صاحب الوديعة تصدّق بما في يديه على رجل فقد صار قابضاً لذلك الرجل المتصدق عليه حتى لو أراد صاحب الوديعة أخذها منه فلا ينبغي أن يدفعها إليه فإن دفعها إليه ضمنها. اعرفها في الورقة 201 من الرابع.

الحمد لله، سألني الشاب أحمد ابن الحاج إبراهيم أبو ربيع من المنستير في أوائل جمادى الأولى عام 1008 [هـ / أواسط نوفمبر 1599 م] عن سؤال وجواب.

نص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم عن مسألة وهي أن رجلاً له أولاد وعندهم أم حاضنة لهم وأراد السفر إلى بلد آخر يستوطن به ويسكن به ويكون البلد المذكور محلاً لاستيطانه. فهل له أن يرفع الأولاد للمحل الذي يريد الاستيطان به [58 أ] والحالة أنه من أهل ذلك المحل الذي يريده، أو ليس له ذلك؟ والسلام.

ونص الجواب بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر وكان البلد الذي يريد استيطانه بعيداً من بلد الحاضنة فله أن ينتقل بالأولاد ولا مقال

للحاضنة في ذلك وهذا مذهب المدونة . وكتبه أحمد بن محمد بن أحمد المسراتي . فكتبتُ تلوه ما نصه : الحمد لله ، إذا كان بين البلدين ستة بُردٍ وهي اثنان وسبعون ميلا فله نقل أولاده .

قال الشيخ ابن ناجي : الذي به العمل عندنا بإفريقية أنه لا يرفعهم ، وبه حكم شيوخ قرطبة من غير تحديد بمدة . قال ابن ناجي : وعلى إثبات الاستيطان أفتى شيخنا البرزلي بتحديد بالعام . انتهى . وشرط في المختصر وفي الشامل أمن البلد الممتقل إليه والطريق ، قال : فإن سافرتُ أمهم معه فهي على حضانتها . والله تعالى أعلم ، وبه التوفيق .

تذليل ، معنى هذه المسألة أن الزوجة مطلقة بدليل قول الفقيه أحمد المسراتي أن ينتقل الذي زوجته في عصمته كيف ينتقل دونها ، والتي تأتي في غرة رمضان الزوجة فيها في العصمة والستة بُردٍ وقعت في حضانة المختصر والشامل . والبريد أربعة فراسخ فهي أربعة وعشرون فرسخًا من ضرب ستة في أربعة . والفرسخ ثلاثة أميال فهي اثنان وسبعون ميلا من ضرب أربعة وعشرين عدد الفراسخ في ثلاثة عدد الأميال . وقول الشيخ ابن ناجي : وقع في بحث الحضانة في عاشره ستور صغيره في قولها : وكل من خرج من بلده منتقلا لسكنى بلد آخر غير بلد الأم الخ ، وزاد ابن ناجي عن فتوى شيخه الغبريني تحديده بمدة نصف عام . قال الشيخ ابن ناجي : ولم أره لغيره . انتهى .

قلت : قال ابن ناجي : ولم أره لغيره تمريضاً له فلهذا التمريض لم نحك فتوى الشيخ الغبريني في أصل جوابي . وشرط أمن البلد والطريق وبقاء حضانة الأم إذا سافرت معه . كل ذلك في حضانة المختصر والشامل ، وذكر الأئمة في ترجمة وثيقة في استيطان الأب في الورقة 32 من الطرر عن بعض شيوخ المتأخرين ثم عزاه لوثائق ابن الصباغ .

قلت: وهذه النازلة وأحكامها وقعت موعبة في الفصل الرابع من كتاب رعاية الأمانة في أحكام الحضانة للشيخ الجدد - رحمه الله تعالى - في الورقة 31 من الكتاب. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق. ووقع في الشامل ما نصه: ولا يكلف أن يثبت ببلد الحضانة أنه استوطن الموضع الذي يرحل إليه على الأصح.

قلت: الذي ذكره الشيخ المتطي أنه إنما يثبت الاستيطان عند قاضي البلد الذي رحل إليه وهو يخاطب بذلك قاضي بلد الحضانة. ونقله عن ابن أبي زمنين فهذا أردفتُ كلام ابن ناجي بقولي: يعني عند قاضي ذلك البلد، فاعرف ذلك. وقول الشامل: ولا يكلف أن يثبت إلى قوله على الأصح، إنما أهملته ولم نُعول عليه في أصل الجواب لأن الذي به العمل [58 ب] بإفريقية وهي موضع هذه النازلة يقدم على القول الأصح، فاعرف ذلك، ويقدم حتى على القول المشهور عند تعارضهما. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

الحمد لله، سألني بالطيب بن محمد بن عمر بن عبد القادر الزاوي المزوغي السوسي في أوائل جمادى الآخرة عام 1008 هـ / أواسط ديسمبر 1599 م] عن سؤال وجواب. نص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم عن مسألة امرأة وهبت جميع حظها الصائر لها بالارث في رباح مذكرة مفسرة في أماكنها لابنتها فلانة ولزوج ابنتها المذكورة بالسواء بينهما لوجه الله تعالى. وقبل الموهوب لهما ذلك منها وحازاه وتصرفا فيه التصرف التام الذي لا يتصرفه إلا المالك في ملكه بمقتضى الهبة المذكورة، ومن تاريخها إلى أن توفي زوج البنت المذكورة وورثته ورثته من بعده، وقاموا مقامه في الحوز والتصرف في الهبة. ولم يزالوا كذلك بمحضر الواهبة وعلمها وقدرتها وموافقتها على ذلك، حتى إلى أن توفيت الواهبة المذكورة فقام عاصبها واتصل بحقه من مخلفها في ما

سوى الموهوب المذكور الاتصال التام وأراد القدح في رسم الهبة وحلّها والاتصال بحظه من الموهوب، وزعم أن رسم الهبة مختلّ من وجوه: الأول، أنّ الواهبة حابت في هبتها وقصدت بها حرمان الوارث وذلك مما تبطل به الهبة.

الثاني، أنّ الواهبة لم تزل قاطنة بأحدى الدور الموهوبة إلى أن توفيت بها وخرج نعشها منها وذلك يُبطل الهبة أيضا.

الثالث، أنّ جميع الأملاك حيزت بمعاينة الشهود وبالوقوف عليها ما عدا فدان الزقاقين فإنّ الشهود لم يعاينوا حوزة، وعدم معاينتهم مبطل للهبة أيضا ولا يكون الأقل تابعا للأكثر.

الرابع، أنّ الأملاك لم يحدّ جميعها وهذا أيضا قاذح تبطل به الهبة. فهل يُسمع ما ادعاه العاصب المذكور ويُعمل بتلك القوادح المذكورة أو دعواه داحضة ولا تنهض حجته بذلك، والهبة صحيحة تامة لا طعن فيها؟ والسلام.

ونص الجواب بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر وثبتت الهبة المذكورة واستوفت أركانها فهي صحيحة ماضية، إذ الهبة جائزة بإجماع وما هذا شأنه لا يقدح فيه بما ذكر، ولا يضرّها هذه القوادح.

أما القادح الأول وهو المحاباة وحرمان الوارث فلا يقدح في إبطالها⁽¹⁾ ولو قصد بها ذلك قياما على الوصية على المشهور بجامع النزاع.

وأما القادح الثاني وهو أنّ الواهبة لم تزل قاطنة بدار من دور الهبة فإنّ كانت هذه الدار تبعاً لغيرها وهي قليلة بالنسبة إلى ما في الهبة لا يقدح ذلك في إبطال الهبة أيضا. قال في الشامل: ولو سكن واحدة من دور وهي تبع صحّ الجميع.

(1) بالهامش تصويب نصه: جوابه: لو قال لا يقدح في صحتها، فإنّ العاصب إنما آيد هذه القوادح لتكون مانعة من صحة الهبة.

وأما القادح الثالث وهو عدم معاينة حوز البينة لهذا الفدان فلا يقدر
أيضا في إبطالها إذا كان الموهوب لهما يتصرفان فيه بالحرارة وغيرها.
قال في المدونة: ومن تصدق عليه رجل بأرض [59 أ] فقبضها حيازتها،
فإن كان لها وجه تُحاز به من كراء أو حرث فإن أمكنه شيء من ذلك ولم
يفعله حتى مات المتصدق فلا شيء له. ومفهومها أنه لو تصرف فيها
بالحرث أو غيره صحّت الهبة وهذا ظاهرها، وظواهرها نصوص قاله
الشيخ ابن ناجي - رحمه الله تعالى.

وأما القادح الرابع وهو عدم تحديد بعض الأملاك فهو غير قادح
أيضا إذا كان ذلك البعض مشتهراً باسم معين، على أنّ هبة المجهول
جائزة على المشهور. فظهر بهذا صحة الهبة المذكورة لاشتمالها على
أركانها وهي العاقدان إذا كانت الواهبة أهلا للتبرع واشتمالها أيضا على
الحوز والإيجاب والقبول. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق. وكتبه أحمد
ابن محمد بن أحمد المسراتي، انتهى.

وأجبت بما نصه بعد افتتاحه متصلا بالجواب المذكور: إذا تضمن
رسم الهبة المذكورة قبول الموهوب لهما وحوزهما أو حوز وكيل عنهما
في صحة الواهبة وطوعها وجواز أمرها، وكانت الهبة قائمة الوجه غير
محتاجة للقوة، وتقرر ملك الربيع لمن انجر لها منه الحظ الموهوب،
فالهبة المذكورة صحيحة لاشتمالها على الأركان والشروط وانتفاء الموانع.
فالأركان: واهبٌ وموهوبٌ له وصيغة هي العقد جزؤه إيجابٌ وقبولٌ،
فكل واحد من الإيجاب والقبول جزء العقد، والقبول يعتمد الرضى
القلبي ولا يعرف ما في القلب إلا بترجمانه وهو اللسان، على ما صرح
به أهله في محله، والحوز لا يستلزمه عند ابن القاسم⁽¹⁾ خلافا لأشهب.

(1) كلمة سقطت من الأصل.

ودليل صحّة ما ذهب إليه ابن القاسم أمور: منها أنّ الحوز أعمّ من القبول بالقول قطعاً، والقاعدة أنّ «الأعمّ لا يدل على الأخصّ المعين ولا يُشعر به» صرّح به أهله في محله.

ومنها أنّ القبول قد يتخلّف عن الحوز في بعض الصور على ما لا يخفى على من يعرف فروع المذهب لتخلّفه عنه، هنالك سقط التلازم بينهما الذي قال به أشهب، ولهذا لا يُقضى بصحة الهبة هنالك لتخلّفه.

ومنها اختلاف موضوعهما والقاعدة أنّ «تمايز المطالب العلمية إنّما يتحقّق بتمايز موضوعاتها» حسبما قاله أهله في محله، إلى غير ذلك ممّا تَبَّعَهُ يُصَيِّرُ الفتوى تأليفاً، ومن جعل القبول شرطاً كالشامل فقد تسامح ووجه تسامحه فيه جليّ لمن له فهم. واستشكال الشيخ ابن عرفة - رحمه الله تعالى - ركنيّة القبول قد تقرّر جوابه فأزيح استشكله.

والشروط: ملك الواهبة وصحّتها وطوعها وجواز أمرها في حال هبتها وفي حال الحوز وقيام وجهها، والموانع هي نقائص الشروط. وأما القوادح التي أدلى بها الغاصب فغير مسموعة. أما المحاباة المذكورة فوقع هبتها المقبولة المحوزة في صحتها أمضاها على الأظهر في المذهب وبه وقعت الفتوى. وأما سكنى الواهبة حظها من الدار وعدم معاينة حوز حظها من فدان الزقاقين فلا يُوهنُ الهبة إذا كان الذي حيز بالمعاينة [59 ب] نسبه من جميع حظها الموهوب في الربع كله أزيد من النصف، بحيث يكون الذي لم يحز بالمعاينة وهو حظها من الفدان والدار شائعاً لما حيز بالمعاينة، والهبة حينئذ نافذة في الجميع على أن تصرف الموهوب لها الفدان في حياة الواهبة كاف عن المعاينة، بدليل مسألة المدونة المذكورة في الجواب أعلاه. ونحوه وقع في كتاب النهاية وفي الوثائق المجموعة وفي أحكام ابن الحاج.

وأما عدم تحديد بعض الأملاك الموهوب منها الحظ فإذا كانت حدوده مشهورة غير خفية أعلاماً بينة كمحجّة أو مسجد أو حمام أو قُرْن فذلك كاف عن تحديده في الوثيقة، على ما وقعت الإشارة إليه في كلام الشيخ ابن فتوح، وكذلك إذا كان مشهوراً قد اشتهر باسمه أو بصفة فيه على ما وقعت الإشارة إليه في كلام الشيخ ابن الفخار. فتبيّن بما قررته صحة هذه الهبة ونفوذها. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييله، قولِي: إذا تضمن رسم الهبة قبول الموهوب لهما وحوزهما الخ، هذا القبول هو الجزء الثاني للصيغة وجزؤها الأول الإيجاب ومجموعها هو العقد الذي هو أحد أركان الهبة، وحاصله الصيغة هي القيد، ولها ركنان الإيجاب والقبول. وهي - أعني الصيغة - أحد أركان الهبة وبقية أركانها واهبٌ وهو المرأة الواهبة في هذه الواقعة، وموهوبٌ له وهما في هذه الواقعة ابنتها وزوج ابنتها، وموهوب وهو الحظ من الربع، فاكتفيتُ هنا بذكر القبول لظهور بقية الأركان في السؤال. وصرّحتُ بجمعها بعد هذا. والحوز من الشروط وكذلك الصحة والطوع وجواز الأمر والثلاثة شروط في الواهبة وفي الموهوب لهما وجواز الأمر في الواهبة احتراز عن السفية والمحجور فلا تصح هبتهما وتبرعاتهما. وتحصلُ من شروط جواز أمرها كونها من أهل التبرع بالهبة لقول الشيخ بهرام في وسطه: قول المختصر ممن له التبرع، احتراز به عن المحجور، وحوز الوكيل كما يصح في باب الوقف، كما ذكر في الشامل وغيره: يصح في باب الهبة من باب لا فارق. ومن الشروط كون الواهبة قائمة الوجه وكونها غير محتاجة للقوت وملك الواهبة لما وهبت قبل عقدها للهبة.

أما قيام الوجه فمعناه سلامتها من الدين المحيط بمالها على ما صرح به الشيخ ابن عبد السلام في باب الهبة في قول الشيخ ابن الحاجب:

وشرط الحوز حصوله في صحة جسمه وعقله وقيام وجهه، فقال: قيام الوجه في هذا الباب هو السلامة من الدين المحيط بمال الواهب. ونقله ابن ناجي في ثلاثة هبات كبيره وفي ثانيه هبة الشامل: وتبطل أيضا بدين محيط قبل حوزها. انتهى.

قلت: ولذا قلت بعد هذا من الجواب: وصحتها وطوعها وجواز أمرها في حال هبتها وفي حال القبول وفي حال الحوز فاعرفه، وقد استوفيتُ في ثالث محرم عام 1006 [هـ / 16 أوت 1597 م] الأركان والشروط المذكورة. واعرف حادي عشر حجة عام 1005 [هـ / 27 جويلية 1597م] وقد وقع في ترجمة وثيقة ضمان بما يثبت لرجل على غيره في الورقة 94 من الطرر ما نصه: المعروف من المريض لا يكون إلا من الثلث مما خلفه، ومن الصحيح من رأس ماله. انتهى. ونقلتُ في الورقة 30 من السابع. وأما كون الواهبة غير محتاجة للقوت فلأن [60 أ] الواهب إذا لم يُبَقِّ لنفسه ما يتمعش به ففي نفوذ هبته قولان: فاعرف في الورقة 186 من الرابع وفي ثامنة هبات كبير ابن ناجي. وأما تقرّر ملك الواهب لما وهبه فلأن القاعدة أن «من تصرف في ما يملكه وفي ما لا يملكه نفذ تصرفه في ما يملكه وردّ في ما لا يملكه». اعرف ذلك في الفرق الثالث من فروق القرافي، وفي المسألة الثانية من القاعدة الأولى من قواعد النحو من ترتيب القواعد.

ووقع في سابعة شفعة كبير الشيخ المغربي ما نصه: قوله ولو قال الشفيع للمبتاع قبل الشراء: اشترى فقد سلمتُ لك الشفعة، وأشهد بذلك فله القيام بعد الشراء لأنه سلّم ما لم يجب له بعدد. قال محمد بن يونس: لأنّ من وهب ما لا يملك لم تصحّ هبته ولا يلزمه ذلك، من المغربي، انتهى. قلتُ: ولهذا قال في صدر هبة الشامل: الموهوب كل مملوك ينقل شرعاً، فجعل ملكية الواهب للموهوب خاصة من

حتى مات الواهب ولم يأمر بالحوز فسمع ابن القاسم وقوله إن ذلك لا ينفع إلا بشرط على المودع بالصدقة، وفي سماع عيسى أنه نافع. قال ابن رشد إنما يصح الحوز على القولين إن قَبِلَ الموهوب الهبة في حياة الواهب ولو لم يقبل حتى مات فلا شيء له. فالمسألة المسؤولة عنها أقوى في البطلان من هذه لمن تأمل. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق. قاله محمد بن بلقاسم الأنصاري الرصاع، لطف الله به. انتهى.

قولي: والقبول يعتمد الرضى القلبي أعني القبول اللساني بالقول [60 ب] والدليل على هذه الجملة إعراب المرأة الثيب عن نفسها في النكاح على ما وقع في صريح الحديث، وإنما خُصَّت البكر بدلالة الصمت بما جُبِلَتْ عليه من الاحتشام بسبب وصف البكارة وخفر العُدرة، فيلحق النكاح بغيره في البنت من باب لا فارق ويلحق غيرها بها في غير النكاح من باب لا فارق.

وقولي: ولا يعرف ما في القلب إلا بترجمانه وهو اللسان على ما صرح به أهله في محله، أهله هم علماء الأصول في بحث اللغات. قال في جمع الجوامع: من الألفاظ حدوث الموضوعات اللغوية ليعبر عما في الضمير وهو الألفاظ الدالة على المعاني، انتهى. ضمير وهي عائد على الموضوعات، وموضع الدليل منه في قوله الموضوعات اللغوية فائدتها التعبير عما في الضمير وهو القلب فاعرفه. وما تقرر في أول الكلام من تحكم العربية أن الكلام يطلق على كلام النفس، ودليله قول الشاعر:

إن الكلام لفي الفؤاد وإنما جُعِلَ اللسان على الفؤاد دليلاً

فقد ظهر أن اللسان ترجمان ودليل ما في القلب فاعرفه.

خواصه ولازمًا من لوازمه وكذا العطية على العموم. اعرف ما قررته في هذا المعنى في ثاني عشر شعبان عام 1007 [هـ / 28 فيفري 1599 م].

قولي: فالهبة المذكورة صحيحة، هذه الجملة جواب إذا تضمن رسم الهبة المذكورة. قولي: فالأركان الخ في بحث الصيغة من نكاح المختصر الفقهي ما نصه: الصيغة الإيجاب والقبول وذلك هو غير العقد الذي وضعه الشرع لاقتضاء حكم النكاح وهو الملك أو الإباحة، وكل واحد من الزوج والولي إنما هو محل لما اقتضاه منصبه المعين له. فالعقد سبب قطعاً وجزأه الإيجاب والقبول خاصة، وكذا سائر العقود على الإطلاق.

قلت: ومن الدليل على ركنية القبول في الهبة سئل عنه الشيخ أبو عبد الله محمد الرصاص الأنصاري ونص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم المبارك عن امرأة وهبت نصيبها من دار لامرأة أخرى ولم يقع من الموهوبة المذكورة قبول ولا حوزاً إلى أن ماتت، وحاز ولد الموهوبة جميع الدار في حياة الواهبة ولم يعلم بأي وجه حاز ذلك، هل ذلك لأهل الهبة أم لا؟ ولم يوجد قبول لوالدته ولا له بعدها. فهل تكون هذه الهبة ضعيفة بموت الواهبة قبل أن يقبل منها ويحاز ذلك عنها بسببها وبموت الموهوبة المذكورة أيضاً أم تكون الهبة صحيحة؟ والسلام.

ونص جوابه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فمعلوم أن القبول في الهبة ركن من أركانها وإن كان استشكله الشيخ ابن عرفة - رحمه الله تعالى - فالجاري على ركنيته والجاري على قول ابن القاسم في من (أدى)⁽¹⁾ ودیعة لغير مودعها، أن يد الابن المذكور على الصفة المذكورة غير نافعة في الهبة. ومسألة الوديعة المشار إليها إذا بقيت بيد المودع

(1) كلمة أضفناها لأنها تقتضيهما الجملة .

قولي : والحوز لا يستلزمه عند ابن القاسم خلافاً لأشهب هذا لما في نواذر المسائل ونصه : الحوز غير مستلزم للقبول ، وعزاه الباجي وابن يونس لابن القاسم في الهبة والصدقة ، وعلّله القرافي في الذخيرة بأنه جزء السبب ، لأن القبول جزء العقد وهو السبب وكل واحد من السبب وجزئه يلزم من عدمه عدم المسبب وعزاه لأشهب الاجتزاء بالحوز عنه .

ونص ابن رشد في كتاب الوديعة وفي كتاب الهبات الثاني من البيان على أن الحوز لا يستلزم القبول وأنه إذا وُجد الحوز في العطايا وفُقد القبول فمذهب ابن القاسم البطلان خلافاً لأشهب ، انتهى . اعرف كلام ابن رشد في الوديعة حيث نقله في الورقة 201 من الرابع .

قولي : والقاعدة أن «الأعم لا يدلّ على الأخص ولا يُشعر به» حسبما صرح به أهله في محله . عدم دلالته عليه وعدم إشعاره به إذا كان مثبتاً كقولك في الدار حيوان . صرح بذلك الشيخ ابن عرفة في الورقة 51 من شهاداته . وقاله في شرح مختصر المحصول المؤلف في الورقة 15 منه وفي الورقة 59 منه . وقد حققته في كتاب الأدلة المحكمة المجازة . والتقييد بالثبوت احترازاً مما إذا كان مصحوباً بدلالة تعميم أو في سياق نفي كقوله : الحيوان متحرك بالإرادة وليس في الدار حيوان ، فصار هذا العام مدلوله كلياً أي محكوماً فيه على كل فرد فرد .

قولي : ومنها أن القبول قد يتخلف عن الحوز في بعض الصور ، المراد ببعض الصور بعض الفروع ، فدل عليه قولي : على ما لا يخفى على من يعرف فروع المذهب ، والبعض المشار إليه فرعان أحدهما فرع الوديعة تكون في يد المودع وفي حوزة فيهبها صاحبها وهو المودع للمودع . قال ابن القاسم في المدونة : فإن لم يقل المودع قبلت حتى مات المودع فهي لورثة ربها المودع ، وقال أشهب : حوز المودع إياها لفظي . قال الشيخ ابن

عبد السلام - رحمه الله تعالى - : الأقرب مذهب ابن القاسم وذلك لأن القبول في الهبة معتبر والحيازة معتبرة أيضا إلا أن القبول يجري مجرى الركن والحيازة تجري مجرى الشرط إذا كان الموت السابق للحيازة مبطلا فأحرى الموت السابق للقبول [61 أ]، انتهى . اعرفه في الورقة 18 من كتاب الأدلة المحكمة المجازة، وثانيهما فرع هبة الدين لمن هو عليه . قال ابن رشد - رحمه الله تعالى - إن على الموهب.....⁽¹⁾ وقبل في حياة الواهب صحّت الهبة وإن علم ولم يقل قبلت، بطلت عند ابن القاسم وصحّت عند أشهب، وإن لم يعلم حتى مات الواهب بطلت اتفاقاً، انتهى، نقله من حواشي الهبة من الطرابلسي . وقول ابن القاسم في فرع السكوت : إذا لم يقل قبلت البطلان . قال ابن ناجي في خامسة هبة كبيره : به العمل وأشار إلى الفرعين في ثانية هبة الشامل بقوله ولو وهب الدين لمن هو عليه أو الوديعة لمن هي تحت يده فقبل مضى، وإن لم يقل قبلت حتى مات الواهب بطلت على الأصح .

قلت : قوله فقبل وقوله وإن لم يقل قبلت فواعلها ضمائر تعود على المدين والمودع على البدلية ترك تثنية الضمير في قبلا أو في غيره من الأفعال إيثاراً للاختصاص فاعرفه . ومصدق قولي هنالك في الموضوعين هو بعض الصور وقد ذكرت الفرعين مع غيرهما في القاعدة الرابعة من كتاب الأدلة المحكمة المجازة . وقاعدة «تمايز المطالب العلمية بتمايز موضوعاتها» ذكرها علماء الميزان في بحث موضوع علم الميزان في مبادئ ذلك العلم .

قولي : ومن جعل القبول شرطاً كالشامل فقد تسامح . أشرت بهذا إلى قول الشامل في باب الوقف : ويشترط قبول الموقوف عليه إن كان معيناً أهلاً، لا كالفقراء والمساكين وأقيم لصغير وسفيه⁽²⁾ .

(1) بياض بمقدار أربع كلمات بالأصل .
(2) بياض يلي هذه الفقرة مقداره أربعة أسطر .

الحمد لله ، سألني شمويل اليهودي من خُرْبُضَة القُدوني⁽¹⁾ في يوم الخميس 15 جمادى الأولى المذكور عن مسألة ذمي أبرأته والدته في ما طار لها بالإرث في والده مما خلفه موروثاً عنه من جميع الدعاوى ومن جميع ما طرأ لها بالإرث في والده حتى نصيبها في الدار المخلفة عنه . ثم أن ولدها المذكور سمع أن والدته الذمية المذكورة باعت نصيبها من ذمي آخر من الدار المذكورة فترافعا مع الذمي الآخر لدى من يجب وهو قاضي المسلمين فحكم بينهما أن واحداً يقيد والآخر يجابو ، فقيّد الولد ولد البائعة المذكورة بأنه سمع أن الذمي المذكور اشترى من أمه المذكورة نصيبها من الدار المذكورة فأجابه ريان قال : أنا راض منك بحق الله بدار الصلاة متاع اليهود ونقيد عليك نصيب والدتك بالعدالة . وشهد على المسؤول المذكور شاهدان في جوابه المذكور في التقييد . ثم أن والدته المذكورة اعترفت بأن بيعها كان سابقاً على الإبراء .

فهل يُقبل قولها أو لا مقال لها في ذلك لأن الحق تعلق للغير؟ وهل للمشتري مقال إذا حلف [61ب] له الولد الذمي المذكور كيف التزم به الذمي المشتري المذكور له أم لا؟ ثم أن المشتري ادعى أن بيده بيع أم الولد المذكور بخط أحبارهم قبل إبرائها لولدها المذكور ، فهل يُقبل منه ذلك أم لا؟ والسلام .

فأجبت بما نصه بعد افتتاحه : إذا كان الأمر كما ذُكر فاعتراف اليهودية المذكورة بعد صدور الإبراء منها غير مقبول لأنه اعتراف في ملك قد خرج عن يديها فصار إقراراً على غيرها وهو الابن المبرأ فلا يقبل ، ولأن إقرار المقرّ مهما كان ضرراً على غير المقر فإنه لا يقبل منه . صرح به الشيخ ابن ناجي في كبيره وعزاه لابن القاسم - رضي الله تعالى عنه . وأما اليهودي مدّعي الشراء فالتزامه أن يرد ما اشتراه على الولد المخاصم

(1) كذا بالأصل .

إن حلف له الولد بدار صلاتهم التزام صحيح ويلزم العمل به، على ما به الفتوى إذا شهد عليه بالتزامه عدلان من عدول المسلمين لأنه التزم بعد الدعوى، وما استظهر به مدعي الشراء من الأم وهو خط أحبارهم غير عامل لأنه قد⁽¹⁾ بالتزامه الرد على اليمين كما ذكر ولأن شهادتهم غير عاملة عندنا، والخصمان قد تراضيا بحكمنا حيث ترافعا إليه وحكمنا يلغي شهادتهم. وحاصل الجواب أن الولد يحلف كما طلب عليه مدعي الشراء ويطيب له ملك الجزء المشتري. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، الاعتراف في الملك بعد خروجه من يد المعترف غير عامل هو مقتضى ما في غصب المدونة ونصه: ومن باع أمة ثم أقر أنه غصبها من فلان لم يصدق على المبتاع ويضمن لربها قيمتها يوم غصبها إلا أن يشاء ربها أخذه بالثمن فذلك له. ابن ناجي: مثله قول رهونها: ومن رهن عبداً ثم أقر أنه لغيره لم يجز إقراره في هذا. أبو إبراهيم: يقوم منها أن من أكرى داره بينة ثم أقر أنه أكرها قبل ذلك أنه لا يصدق على الثاني ويقوم للأول الفضل، ونص عليه بذلك ابن رشد في مقدماته، انتهى. قلت: وإلى هذا الفرع أشار في سادسة إجارة الشامل. قوله: ولا يفسخ كراء الدار بإقرار ربها ببيعها ونحوه، انتهى.

واعرف البحث في هذه المسألة موعباً في إجازات البرنامج عند قول الشيخ بهرام هذا القول. ويشهد بعدم قبول قول اليهودية قاعداً أن «الإشهاد إذا تعلق به حق الغير فلا رجوع فيه»، ومنه توكيل الراهن المرتهن على بيع الرهن لا يجوز للراهن الرجوع عنه وعزله لتعلق حق الغير به وهو المرتهن، نقله الشيخ ابن ناجي في رهون كبيره ونقله عنه في الورقة 126 من السادس. ومسألة الإقرار إذا عاد منه ضرر على غير

(1) كلمة غير مقروءة بالأصل لوقوع حبر فوقها.

المقر لا يقبل، وقعت في رهونها: إذا أقر الراهن أن العبد الراهن جنّي جناية أو استهلك مالا وهو عند المرتهن ولم تقم بذلك بينة. الشيخ ابن ناجي عند قولها هذا في الورقة 13 من رهون كبيره ما نصه: وجه قول ابن القاسم فيها إن إقرار المقرّ منهما كان ضرراً على الغير فإنه لا يقبل قوله منه، انتهى.

قلت: وهذا مشكل فما وقع في أواخر شركة المدونة وفي أوائل شهاداتها وفي أواسط مديانها وفي ثالثة قسمتها أن إقرار بعض الورثة بدين على مورثهم عامل فإن كان واحداً حلف معه رب الدين وأخذ [62 أ] دينه من التركة، فإن هذا إقرار من مقرّ عاد منه ضرر على سائر الورثة المقرّ وغيره فاعرفه. فالمسألان متعارضتان في المذهب. ومسألة إقرار الوارث وقعت أيضاً في قسمة الشيخ ابن عرفة - رحمه الله تعالى.

وقولي: لأنه التزام بعد دعوى، أشرتُ به إلى قول المختصر في باب الإقرار كأن حلف في غير الدعوى هو تشبيه في ما لا يلزم من الإقرارات، قبله الشيخ بهرام في وسطه أي وهذا الحكم إذا قال له: عليّ ألف إن حُلف فحلف فلا يلزمه شيء لأنه يقول ظننت أنه لا يحلف باطلاً، ابن سحنون: ولا يؤخذ بذلك في إجماعنا ونحوه لابن عبد الحكم، وهذا إن قال ابتداءً: له عليّ كذا إن حلف. وأما إن ادعى عليه بذلك فقال له: احلف وخذ فحلف فهذا يلزمه ولا رجوع له وقاله ابن يونس، انتهى من الوسط.

قلت: قوله في غير الدعوى مفهومه أن قوله ذلك إذا كان في دعوى فإنه يلزمه إذا حلف له المدعي كما قرره الشيخ بهرام - رحمه الله تعالى - وهذا المفهوم من مفهوم الصفة وهي هنا غير الدعوى، والشيخ خليل - رحمه الله تعالى - إنما يعتبر مفهوم الشرط فقط، لكن اعتباره مفهوم الشرط وتخصيصه إياه بالذكر لقصد لزوم اعتباره، أي يعتبره على طريق

اللزوم والاطراد وغيره من المفاهيم قد يعتبره على طريق الجواز وقد لا يعتبره. والله تعالى أعلم. وإلى هذا الفرع أشار في الشامل في ثمانية إقراره بقوله: ولا شيء عليه في «له عليّ كذا» وإن استحلفه أو ادعاه أو أعارني ولو فعل كهو عليّ إن علمه له أو إن حلف في غير الدعوى، انتهى. وهذا الفرع في الورقة 11 من غصب كبير ابن ناجي موعبة.

وقولي: وخط أحبارهم غير عامل، ذكرتُ على بطلانه دليلين، الأول أن اليهودي المدعي للشراء من المرأة قد أبطله فالتزامه رد الحظ المشتركة لولدها إذا حلف الولد له بدار صلاتهم. والثاني أن شهادتهم باطلة عندنا لأن شرعنا لا يجيز شهادة الكافر، واليهوديان المتخاصمان لما أن التزما الحكومة عند حاكم المسلمين لزمهم أحكام شرع المسلمين فلا تقبل شهادتهم عند أحبارهم بينهم لأن حاكمنا لا يجيزها. قال في أول شهادات المدونة: ولا تجوز شهادة أهل الكفر على مسلم أو كافر من أهل ملتهم أو غيرهم ولا على وصية ميت مات في سفر ولم يحضره مسلمون وتجاوز شهادة المسلمين عليهم، ولا تجوز شهادة نساء أهل الكفر في الاستهلال والولادة.

ابن ناجي نَبَّهَ بقوله: ولا على وصية ميت الخ، على الرد على أبي حنيفة القائل بجوازها فيه مستدلاً بقوله تعالى ﴿أَوْ آخِرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ﴾⁽¹⁾ وما قاله يُردُّ بوجهين، الأول إلزامي وهو أنه يلزمه القول بشهادة...⁽²⁾ في ذلك. والثاني حقيقي وهو قول ابن القاسم - رضي الله تعالى عنه - أن الآية منسوخة بقوله تعالى ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾⁽³⁾ وقال غير ابن القاسم ﴿أَوْ آخِرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾⁽¹⁾ أي من غير قبيلتكم، انتهى.

(1) القرآن : المائدة : 106 .

(2) بياض بمقدار كلمة بالأصل .

(3) القرآن : الطلاق : 2 .

قلت : كان أحمد الزناري أقامه بعض قضاة الترك نائبا بينزرت فعمل مرة [62 ب] وثيقة بشهادة بعض ترك ونزل فيها أسماء نصارى وقبل شهادة الجميع وأدى عليهم علامة الأداء وحكم بها في قضية لمسلمين حسيبه الله . والله سبحانه وتعالى أعلم ، وبه التوفيق .

ووقع في الورقة السابعة والثلاثين من أقضية الشيخ البرزلي عن مسائل ابن الحاج ما نصه : وفيه في جماعة يهود يطلبون شخصا منهم بدعاوى ويذهبون إلى محاكمته عند اليهود وأن لهم براهين تقتضي نفعهم عندهم ، ويدعي المطلوب أن تكون محاكمتهم عند حاكم المسلمين إذ بيده ما يبريه بعدول المسلمين .

جوابها لابن العطار : إذا أظهر الوثيقة وفيها شهادة من يقبل من المسلمين وجبت محاكمته بحكم المسلمين ولا يمكنون من غير ذلك . البرزلي ، لأن اتفاقهم على الشهادة بعدول المسلمين دليل على رضاهم بحكامهم فلا يقبل رجوع من رجع منهم . وأما لو لم يكن هذا فلا يحكم حاكم المسلمين بينهم في ما لا تظالم فيه إلا برضى الخصمين . وزاد بعض أهل المذهب ورضى أساقفتهم فيخير الحاكم حينئذ .

قال في المدونة : وترك الحاكم خيرا ، يريد لأنه نص القرءان التخيير ثم رجع الترك بقوله ﴿وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ﴾ إلى قوله ﴿وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ﴾⁽¹⁾ فهو دخول في عهده مطلوب وهو مستغن عنها . ثم استشعر اعتراضا بحكمه عليه الصلاة والسلام بين اليهوديين بالرجم وأجاب بأنهم لم يكونوا أهل ذمة . وفي المسألة تفريع وتدقيق .

اعرف بقية ما سرد الشيخ البرزلي من أحكام ابن حدير من بحث الحكم بين أهل الذمة حيث ترفع أحد الخصمين إلى حكام المسلمين

(1) القرآن : المائدة 42 .

وحيث التظالم وغيره عن أصبغ بن سعيد وعن ابن عبد ربه وعن محمد بن حارث وغير ذلك. وفي حاشية البرزلي بخط الشيخ بالنور بن عزوز الأربسي المرادي على قوله: وزاد بعض أهل المذهب ما نصه المشهور خلافة قاله المازري.

فقولِي: ولأن شهادتهم غير عاملة عندنا والخصمان قد تراضيا بحكمنا حيث ترافعا إليه وحكمنا يعني شهادتهم اعتمدتُ فيه قول الشيخ البرزلي لأن اتفاقهم على الشهادة بعدول المسلمين دليل على رضاهم بحكامهم، فلا يقبل رجوع مَنْ رجع إلى حكم ملّتهم فاعرفه. وهو معنى جواب الشيخ ابن العطار حيث قال: إذا أظهر الوثيقة وفيها شهادة مَنْ يُقبل من المسلمين وجبت محاكمته بحكم المسلمين ولا يمكنون من غير ذلك، فاعرفه أيضا.

والأم وولدها في النازلة تبارءا بشهادة عدول المسلمين والذمي المخاصم لولدهما قد ترافع معه لحكام المسلمين وقيد ولدها عليه التقييد بعدول المسلمين فذلك من ثلاثتهم رضى بحكم حاكم المسلمين فلا يُقبل رجوع من أراد الرجوع منهم إلى حكم حاكم ملّتهم ولا إلى شهادة أحبارهم لأن شهادتهم عند حكامنا الذين رضوا بحكمهم غير مقبولة فاعرفه.

الحمد لله، سألني عبد الملك المحافضي سوقيّ قرب جامع الحلق⁽¹⁾ من حوانيت القشاش في يوم الأحد تاسع جمادى الآخر عام 1006 [هـ / 18 جانفي 1597م] عن سؤال وجواب. نص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم عن مسألة رجل كانت له زوجة توفيت وتركت ثلاثة أولاد ذكْرَيْن وأنثى فالذكران [63 أ] مراهقان والأنثى بنت ست سنين وللمتوفاة أبوان، وتركت أسبابا باعوها واقتسموها وحاز الزوج والد

(1) جامع الحلق، من مساجد تونس. ابن الخوجة: تاريخ معالم التوحيد في القديم والجديد ص 138 - 141.

الأولاد نصيبهم وقدره سبعة وعشرون دينارا نواصر منذ أربعة أشهر فارطة . ثم الآن قام الأبوان وطلبوا حضانة الأولاد لجدتهم أم المتوفاة المذكورة فعجز والدهم وادعى أنه لا يقوى على الفرض لأنه فقير سُوقِيّ ضعيف التكبّب وأنه لا يقدر على نفقتهم إلا على فائدته فطلّعنا نفقتهم من دراهم ميراثهم المذكورة فقال والدهم : إن بيده عليهم تقدير النفقة من مقدّر النفقات بتسعة عشرين دينارا نواصر لكمال الأربعة الأشهر في النفقة والكسوة والفراش والمؤنة . فهل له العجز في دفع النفقة والكسوة كيف طلبت جدتهما أولا؟ والسلام .

ونص الجواب بعد افتتاحه : إذا كان الأمر كما ذكر وثبت فقر الوالد المذكور فله أن يطعم ولده على مائدته ولا مقال لحاضنته في ذلك . والله تعالى أعلم . وكتبه أحمد المسراتي . فكتبتُ تلوه ما نصه : الحمد لله ، الجواب المسطر أعلاه عن هذه النازلة المذكورة أعلاه صحيح وبمثله أجيب . والله تعالى أعلم ، وبه التوفيق .

الحمد لله ، سألتني علي بن قاسم الوشفون البراولي في أواسط جمادى الآخر المذكور الجواب عن سؤال وجواب .

نص السؤال بعد افتتاحه : جوابكم عن مسألة رجل تزوج امرأة وجعل بيدها في عقد نكاحها طلاق امرأة يتزوجها عليها مطلقة كانت أو غيرها ، وله امرأة مطلقة سابقة على هذه فراجعها بعد عقده على هذه . وعلمت الزوجة التي بيدها الجعل المذكور وسكتت عنه ومكّنته من نفسها وصار بيت عندها ويخلو بها على عادته السابقة مدة أربعين يوما . ثم بعد المدة المذكورة رفعت أمرها للحاكم وطلقت عليه امرأته التي كان راجعها بطلاق الثلاث . فهل يلزمه الطلاق المذكور بمقتضى الجعل المذكور أو لا يلزمه وسقط الجعل المذكور برضاها وتمكينها نفسها منه؟ والسلام .

ونص الجواب: الحمد لله، إذا كان الأمر كما ذكر وثبت أن المرأة التي بيدها الجعل المذكور رضيت برجوع زوجها لطلقته السابقة وضاررتّها المدة المذكورة سقط ما بيدها من الجعل المذكور في هذه المطلقة التي رضيت بها وما وقع منها من الطلاق بعد ذلك لم يصادف محلاً فلا يلزم الزوج منه شيء. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

فأجبتُ عن ذلك بما نصه: الحمد لله، الجواب المسطور أعلاه عن هذه النازلة المصدرة بسؤالها أعلاه صحيح وبمثله أجيب. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذيل، قولي عن هذه النازلة المصدرة بسؤالها أعلاه، إنما قيدتُ هذا الفصل احتترزت به عن نازلة خلت عما في هذا السؤال وهو علم ذات الجعل بنكاح الداخلة عليها وسكوتها عنه وتمكينها إياه من نفسها للمبيت والخلوة على عادته السابقة. وعما في جواب المسراتي وهو رضاها بنكاح الزوج الداخلة عليها ومضاررتّها أي دخل بها حتى حصلت المضاررة بين الزوجين ذات الجعل والداخلة عليها [63 ب] فنازلةٌ خلت عن هذه الخمسة أمور لا تدخل تحت هذا الجواب المذكور هنا وهو عدم لزوم التطليق حتى ينظر ما في تلك النازلة وما تحفّ بها من قرائن سقوط الجعل وعدم سقوطه. فهذا وجه تقييد جوابي بهذا القيد الذي تضمنه هذا الفصل، إذا تقرر هذا فقد وقع في الورقة 13 من مختصر النهاية للشيخ ابن هارون - رحمه الله تعالى - ما نصه: مسألة قال بعض الموثقين: فإن علمت المرأة بنكاح زوجها لغيرها فأقرته فلا قيام لها إلا أن تكون قد أشهدت بعد علمها أن ذلك بيدها ينظر فيه، فإنها على شرطها ما لم يدخل بها، فإن دخل بها أو لم تُشهد أن ذلك بيدها بطل شرطها، وقيل: لها أن تؤخّر ذلك ما لم تمكنه من نفسها أو من التي تزوج عليها أو يطول ذلك جداً، وهذا على القولين في التمليك هل

ينقضي بانقضاء المجلس أم لا؟ وعلى القولين، إذا لم تعلم فهي باقية على شرطها والقول قولها إنها لم تعلم ولو بعد سنين إلا أن تقوم بينة أنها علمت فلم تقض مكانها ونحوه في العتبية .

وقال بعض الموثقين: لها أن تطلق نفسها وإن طال سكوتها عن ذلك سنة أو أكثر دون يمين تلزمها ما لم توقف أو تتركه يطؤها أو يتلذذ بشيء منها . كما قال ابن القاسم - رضي الله تعالى عنه - في المدونة في الأمة تعتق تحت عبدٍ ولا يدخل في هذا ميراث المحبس بخلاف التملك .

قال ابن هارون: فصل، فلو جعل أمر الداخلة بيد هذه الزوجة جاز . قال غير واحد من الموثقين: ويكون لها شرطها من حين عقد نكاح الداخلة وله أن يعقد النكاح بغير علمها ولا يمسه حتى يعلمها فتمضي بالطلاق أو البقاء ولا بأس أن يقبلها أو يتلذذ منها بما دون الجماع . قاله ابن حبيب، انتهى من مختصر النهاية . وفي خامسة العقد المنظم لابن سلمون - رحمه الله تعالى - في بحث الشروط ما نصه: وفي الوثائق المجموعة: إن شرط لامرأته أن لا يتزوج عليها، فإن تزوج فأمر المتزوجة بيدها . فتزوج عليها فمكثت شهراً أو أقل من ذلك لا تقضي شيئاً فإن كانت أشهدت أن ذلك بيدها تنظر فيه كانت على شرطها ما لم يدخل بها، فإن دخل بها أو لم تُشهد أن ذلك بيدها بطل شرطها إلا أن تدعي أنها لم تعلم بنكاحه فalcول قولها حتى يثبت الزوج أنها علمت، انتهى ما يمس منه .

قلت: قول بعض الموثقين المصدر به في كلام ابن هارون هو قول الوثائق المجموعة الذي في نقل ابن سلمون . والحاصل في النازلة على ذات الجعل بنكاح زوجها الجاعل للداخلة وسكوتها وتمكينها إياه من نفسها للمبيت عندها والخلوة بها، وقد حصل في كلام بعض الموثقين المصدر به إن علمت ذات الجعل بنكاحه لغيرها فأقرته فلا قيام لها .

وقوله: إلا أن تكون أشهدتُ بعد علمها أنها تنظر فيه فهي على شرطها ما لم يدخل بها أو لم تُشهد، فإن دخل بها أو لم تشهد بطل شرطها. واشترطنا الدخول في النازلة لبطلان شرطها حاصل في قول الفقيه أحمد المسراتي: وضاررتُها فإن المضاررة إنما تحصل بالدخول فإنها مفاعلة من الجانبين فإذا لم يدخل بها لم يحصل ضرر فضلاً عن مضاررة. وأما الإشهاد فظاهر السؤال أن ذات الجعل لم تشهد الإشهاد المذكور أنها تنظر فيه بدليل رفعها للحاكم وتطبيقها، فلو كان منها إشهاد لأظهرته بالتطبيق ويكون كافياً لها عن الرفع للحاكم أو يكون دليلاً [64 أ] لها على صدقها في التطبيق عليه عند الحاكم وأنّ مضيّ مدة الأربعين يوماً لا يضرّها مع الإشهاد المذكور فلما لم يظهر عندها إشهاد على أنها لم تشهد لأن هذا المعنى مما تتوقّر دواعي الزوجات على إظهاره والاستدلال على مطلوبهن به، بحيث يصير الإشهاد رافعاً عنها ضرر سكوتها مدة الأربعين يوماً فاعرف ذلك. واعرف أو آخر جمادى الأولى عام 1003 [هـ / أوائل فيفري 1595 م] في الجزء الثامن. واعرف بحث الشروط في النكاح الأول من شرح المدونة وكتاب التخيير والتملك من ذلك.

وقوله: كما قال ابن القاسم في المدونة في الأمة تعتق تحت عبدٍ هي في الورقة 12 من الأيمان بالطلاق من كبير الشيخ المغربي، وفي سادسة الأيمان بالطلاق من صغيره، فاعرفها هنالك والكلام فيها. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق سبحانه وتعالى. وتكررت مسألة الأمة تعتق تحت عبد في أوائل التخيير والتملك ونصها: وإن أشهد أنه من خير امرأته ثم ذهب فوطئها قبل أن تعلم فلها الخيار إذا علمت ويعاقب الزوج في فعله، كما لو شرط لها إن تزوج عليها أو تسرّى فأمرها بيدها ثم فعل ذلك وهي لم تعلم فينبغي له أن لا يطأها حتى تعلم إمّا تبقي أو تردّ، فإن

وطئها، قبل أن تعلم فلها الخيار إذا علمت فإن مكنته بعد العلم فلا خيار لها. المغربي: قوله فإن مكنته بعد العلم فلا خيار لها لأن ذلك كما لو صرحت باختيار الزوج نصاً، انتهى.

الحمد لله، سألني من سوسة محمد البادي مقحم أحد الشيتين من فوق لأولاد الحاج محمد الصامت في يوم الأحد سابع عشر جمادى الآخر عام 1006 [هـ / 26 جانفي 1599 م] عن مسألة رجل توفي عن دار يملكها فورثها عنه زوجته وأولاده، فمن واحدة ثلاثة ذكور وثلاث بنات، ومن الأخرى ذكر وبتان، وتوفي بعضهم وخلف ورثته وذلك مذكور في رسم وفاته. فحبس ولد من الذكور الأربعة وابن أخيه شطر بئر الدار المذكورة وجميع مطبختها على جامع معين في مكانه من غير إذن شركائه في الدار وهم بقية الورثة ولا موافقتهم على ذلك، وذلك من غير فريضة ولا مقاسمة وقعت بينهم حتى يكون ما حبساه هو منابهما. فقام شركاؤه وادعوا أن تحبس الجزء المشاع من غير تعيين قدره ولا إذن شريكه غير عامل، وتمسكوا بواجب الشرع في ذلك، فدافعهم من هو نائب عن الجامع المذكور بإعمال الحبس والحالة أن المطبخة وشطر البئر اللذين وقع فيهما التحبيس لا يقبلان القسمة على أجزاء فريضة الورثة. فهل يبطل العمل بالحبس للضرر الداخلة على الورثة المذكورين ويكون تحبيس ما ذكر على نحو ما ذكر غير عامل وتنهض حجة الورثة في ذلك شرعاً؟ أو تكون حجة النائب هي الناهضة؟ والسلام.

والجواب بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فالتحبيس المذكور في المطبخة ونصف البئر مختل، وبيانه: أما في المطبخة فهي من باب تحبيس الجزء المعين لكن فيها حق لكل واحد من الورثة المحبسين وغيرهما فصار تحبيسهما جميعها تحبيساً لملكهما وملك غيرهما عقداً واحداً فلا يصح على ذلك تحبيسهما. وأما في نصف البئر فهو وإن كان

جزءاً مشاعاً لكن [64 ب] لم يتعين قدر ملك المحبسين بجزئيتها النصفية دون ما فوقها ودون ما تحتها من الأجزاء، وإنما يعين قدر جزئية ملكهما منها عمل الفريضة. ولم يذكر السائل في سؤاله فريضة عملت في ذلك تعين الجزئية النصفية فيها للمحبسين فصار تحبيسهما النصف المذكور بسبب عدم تعيينه لملكهما معرضاً لكونه تحبيساً واقعاً في ما يملكه وفي ما يملكه غيرهما عقداً واحداً ومع العروضية ومثيها المذكورين⁽¹⁾ لا يقضى بتحبيسه، فالتحبيس المذكور حينئذ غير نافذ في نصف البئر أيضاً. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

مقدمة التذييل، ثم نردفها بالتذييل على ألفاظ الجواب، ثم نردف بتقرير حكم تحبيس الجزء المشاع الذي يملكه محبسه من ربع لا ينقسم وبذكر الترجيح بين أقواله.

أما المقدمة، فقال الشيخ ابن عرفة - رحمه الله تعالى - في أولى وقف مختصره في جواز تحبيس مشاع ربع مشترك فيه مطلقاً ووقفه على إذن شريكه في ما لا ينقسم، وإن لا بطل. ثالثها يجوز مطلقاً ويجعل ثمن الحظ المحبس مما لا ينقسم في مثل ما حبسه فيه لظاهرها مع ظاهر سماع ابن القاسم، ونص ابن زرب واللخمي عن المذهب ولا بن حبيب مع ابن الماجشون، انتهى.

فالقول الأول الجواز مطلقاً، ومعنى الإطلاق سواء كان الربع الذي منه الجزء المشاع يقبل القسمة أم كان لا يقبل القسمة، ويدل على أن الإطلاق راجع إلى قبول الربع الذي منه جزء القسمة وعدم قبوله للقسمة أمران: الأول، التفصيل الذي ذكره ابن عرفة في القول الثاني المقابل للقول الأول حيث قال: ووقفه على إذن شريكه في ما لا ينقسم فإن لم يأذن بطل. وعبارة اللخمي صاحب هذا القول الثاني من نقل ابن عرفة

(1) كذا وردت الجملة بالأصل.

إن كانت الدار تحمل القسمة جاز الحبس إذ لا ضرر على شريكه بذلك
إن كره البقاء على الشركة قاسمًا، وإن كانت لا تنقسم فللشريك ردّ
الحبس للضرر لأنه لا يقدر على بيع الجميع، وإن فسد فيه شيء لم يجد
من يصلح معه، ومثله في نوازل الشعبي.

الأمر الثاني، قال الشيخ ابن ناجي في كبيره وصغيره في مسألة
المدونة ما نصه: ظاهره إن كانت الدار مما لا ينقسم أم لا، وعلى ذلك
حملها شيخنا ابن عرفة. فإذا تقرر هذا ظهر منه أن قول الشيوخ تحبیس
جزء مشاع معناه يملكه محبسه، إذ لو كان الجزء المشاع المحبس لا
يملكه محبسه أو لا يملك بعضه لأبطلوه بذلك ولم يفتقروا إلى حكاية
القول بإبطاله لعدم إذن الشريك في ما لا ينقسم لضرره فيه ولقول الشيخ
ابن عرفة - رحمه الله تعالى - :الحبس إعطاء منفعة شيء مدة وجوده
لازما بقاءه في ملك معطيه، والمحبس هو ما أعطيت منفعته مدة وجوده
لازما بقاءه في ملك معطيه، انتهى. فجعل ملك المحبس لما حبسه
خاصة من خواص الحبس ومن خواص المحبس داخله في رسمه.
وستأتي فتوى ابن رشد - رحمه الله تعالى - أنه لا يقضى بالحبس إلا بعد
إثبات ملك المحبس لما حبسه وقت التحبیس، وسلّمه الشيخ البرزلي
مقتصرًا عليه.

قلت: وهذا التحبیس في هذه النازلة ما في المطبخة فهي جزء معين
من الدار لا ينطبق عليها تحبیس الجزء المشاع المتعین فيها خصوص
سائر الورثة شائعة فيها. فتحبیس [65 أ] الرجلین جميعها تحبیس
الجزء المشاع لعدم ملك المحبسين لجميعها، وقد مرّ أنه مطلوب فلا
يصح لأنه تحبیس في ملك الغير، وأما نصف البئر فهو جزء مشاع لكنه
لم يتعین بملك محبسيه لعدم عمل فريضة فيه حتى يتعین أن حظهما من
البئر هو نصفها لا أكثر منه ولا أقل منه، فصار تحبیسهما إياه معروضا،

أي ممكنا لكونه واقعا في ملكهما وفي ملك غيرهما من سائر الورثة صفة واحدة جامعة لهما. وقد مرّ أن خاصة المحبّس أن يكون ملك المحبّس يتوقف الحكم بنفوذه على ثبوت ما ملكه لمحبيه فلا ينطبق على النصف فرع تحبّس الجزء المشاع من الرباعي لإمكان حظ فيه لغير محبّسه وإمكان حظ فيه لغير محبّسه ينافي خاصة المحبّس، وخاصة المحبّس ينافي نفوذه بالحكم، فاعرف ذلك.

قلت: فلأجل تعلق تحبّس المطبخة بما يملكه المحبّسان وما يملكه غيرهما وكونها جزءاً معيّناً من الدار لا شائعا عدلتُ عن أجزاء تحبّسها في كلام العلماء في فرع تحبّس الجزء المشاع. وأجبتُ فيه ببطلان التحبّس لأجل اشتمالها على ملك غير محبّسيها ولأجل كون نصف البئر معروضا أي ممكنا لكونه مملوكاً لمحبيه ولغيرهما من سائر الورثة فيكون المحبّسان غير مالكين لجميع ما حبّسا عدلتُ عن إدخال تحبّسهما إياه تحت فرع تحبّس الجزء المشاع لعدم انطباق خاصة المحبّس وخاصة المحبّس عليه ولتخلف الحكم بنفوذه. وأجبتُ ببطلان تحبّسه. وأما التذييل على ألفاظ الجواب فقولي التحبّس في المطبخة ونصف البئر مختلّ هذا حكم، وهو جواب سؤال السائل.

وقولي: وبيانه، أي بيان اختلاله، فالضمير المضاف إليه عائد على مصدر مفهوم من لفظ اسم الفاعل وهو مختل.

وقولي: أما في المطبخة فهي من باب تحبّس الجزء المعين لأنها اسم نكرة محلّي بأل صادق على ذات معروفة في عوائد الناس بموضع الطبخ من الدار.

وقولي: فهي على حذف مضاف أي فتحبّسها فلما حذفت المضاف وهو تحبّس ارتفع ضمير المضاف إليه، والفصل مراعاة لمحصول

التفاهم من الكلام وليصحّ الابتداء به، وفي التنبيه على كونها جزءاً معيناً
تورد على كاتب مبيضة السؤال وهو قد انتصب ولغيره من أهل سوسة
موضع النازلة حيث جعل التحيس الذي نازع فيه بقية الورثة من تحيس
الجزء المشاع فعمّمه دون أن يخصه بنصف البئر.

وقولي: لكن فيها حق لكل واحد من ورثة المحبسين وغيرهما،
ضمير فيها عائذ على المطبخة والمحبسين وغيرهما بعد لفظ الورثة بدل
منه، ويصحّ أن يُرفع فيقال المحبسان وغيرهما فيعرف جزء المبتدئ
مضمراً أي وهم، ودليل الإشاعة والحقية في المطبخة لكل واحد من
الورثة أنها بعض من أصل مشاع بينهم وهو الدار، فلكل جزء من الدار
ومن جميع أبعاضها يشترك فيه جميعهم، والمطبخة من أبعاضها.
والاستدراك ولكن الخفيفة رفعتُ به توهُماً يثور من قولي تحيس المطبخة
من باب تحيس جزء المعين. وتقرير التوهم أن يُقال إذا كان [65 ب]
تحيسها من باب تحيس الجزء المعين، فهو قد خلا عن الخلل الحاصل
في تحيس الجزء المشاع لكونه من تحيس المعين. لا المشاع فيصح
حينئذ تحيسها. فرفعتُ هذا التوهم بأن تحيسها دخله خلل آخر غير
خلل الخلاف الواقع في تحيس الجزء المشاع، وهذا الخلل الآخر هو
كونها للمحبسين ولغيرهما من سائر الورثة. ويصحّ أن يُجعل هذا
الاستدراك جواباً عن سؤال مقدر فيقدر معنى التوهم المذكور فيكون
الاستدراك جواباً عنه. وأتيتُ بالمحبسين على لفظ التثنية لأن المحبس
اثنان وهما رجل وابن أخيه، قاله في السؤال.

وقولي: فصار تحيسهما لجميعها تحيساً لملكهما وملك غيرهما
عقداً واحداً. الفاء أذنتُ بأن ما بعدها كالنتيجة عما قبلها وذلك أن
المطبخة إذا كانت بعضاً من الدار المشتركة بين جميع الورثة على الإشاعة
المحبسين وغيرهما، فلازم اشتراك جميعها بينهم على الإشاعة أن تكون

المطبخة التي هي بعض الدار مشتركة بين الورثة جميعا كالأصل الذي هي منه . القاعدة ، أن «حکم الكل منسحب على أبعاضه» وإلا لما صحّت البعضية . أصل ذلك إذا صالحَ ربّ الدين غريمه بعد الضمان على مال فإنه يلزم الضامن إحضار المديان للقدر الذي صُولح به ولا يقال إنه لما صالحه أسقط الضمان . قال الشيخ ابن ناجي في ثانيا حمالة كبيره : قاله شيخنا أبو مهدي عيسى الغبريني وحكم به انتهى . ونقله في ضمان برنامج الشوارد ولازم اشتراك الجميع في الكل وفي أبعاضه على الإشاعة أن يكون تحبيسهما جمع ملكهما وملك غيرهما .

وقولي : فلا يصح على ذلك تحبيسهما أي فلا يصحّ تحبيسهما المذكور في المطبخة على ذلك أي على هذا الوصف وهو كونه تحبيسا مشتملاً على ملك المحبّس وملك غيره . لأن الإنسان لا يصح تصرفه بالنقل في ما لا يملك لقوله - صلى الله عليه وسلم تسليما (لا طلاق إلا في ما تملك ، ولا بيع إلا في ما تملك ، ولا وفاء نذر إلا في ما تملك) نقله الشيخ البرزلي في بحث الطلاق المعلق في سابعة مسائل الطلاق وغير البيع مثله من باب فارق لأن القاعدة الجمع ينفي الفارق . ووقع في ثامنة الأيمان بالطلاق من كبير الشيخ المغربي - رحمه الله تعالى - في قول المدونة : ومن قال كل امرأة أنزوجه طالق ، لمّا تكلم على مسألة من قال كل مال استفيده إلى كذا وكذا صدقة باللزوم وعدمه ، إلى أن قال : قال اللخمي : ورد الحديث في الطلاق والعنت والصدقة فقال - صلى الله عليه وسلم تسليما (لانذر في معصية وفي ما لا يملك ابن آدم) الحديث . قلت : والحبس من أنواع الصدقة صرح به الشيخ ابن ناجي في أول حبس كبيره .

وقال الشيخ ابن عرفة - رحمه الله تعالى - : الحبس إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاؤه في ملك مُعْطِيهِ ولو تقديراً . والمحبّس هو ما

أعطيت منفعة مدة وجوده لازماً بقاءه في ملك معطيه ولو تقديراً، انتهى. واعرّف أول الحبس من المختصر الفقهي للشيخ الجد - رحمه الله تعالى - فقد صرّح هنالك ببقاء ملك رقبة الحبس للمحبس في حبس تملك المنفعة، وفي حبس تملك الانتفاع دون التحبّيس الذي هو إسقاط ملك وهو الأحياس العامة كالطُرُق والأسواق ومحالّ النسك والمدارس والقناطر والمساجد إذ لا تقام الجمعة في المملوكات. إلى آخر كلامه في ذلك. قلت: [66 أ] فهذا صريح في أن الحبس إنما يتعلق بمملوك المحبسة لما في حبس المنفعة والانتفاع فلتصريحه ببقاء ملك المحبّس فيها، والبقاء يستلزم تقرر الوجود قبله، وأما في حبس إسقاط الملك فلأن إسقاط الملك يستلزم تقرر وجوده أيضاً قبل الإسقاط. ونقل الشيخ البرزلي فتوى القاضي ابن رشد - رحمه الله تعالى - في الورقة 15 من حبسه أنه لا يُقضى بالحبس إلا بعد إثبات ملك المحبس لما حبّسه يوم التحبّيس. فهذه نصوص صريحة في أن تحبّيس المحبس إنما يكون في مملوك له لا في مملوك لغيره، فهذا قلت: فلا يصح على ذلك تحبّيسهما لأنه عقد واحد جمع ملك المحبسين وملك غيرهما، والإشارة بذلك عائدة إلى كونه عقداً واحداً شتملاً على تحبّيسهما ملكهما وملك غيرهما.

قولي: وأما في نصف البئر، فهو وإن كان جزءاً مشاعاً لكنه لم يتعيّن قدر ملك المحبسين بجزئيتها النصفية دون ما فوقها ودون ما تحتها من الأجزاء، وإنما يعيّن قدرَ جزئية ملكهما منها عملُ الفريضة، ولم يذكر السائل في سؤاله فريضة في ذلك تعيّن الجزئية النصفية فيها للمحبسين. ضمير بجزئيتها وضمير منها وضمير فيها ثلاثها عائدة على البئر، وكذلك اسم الإشارة في قولي فريضة في ذلك أي في البئر، وضمير فوقها وتحتها المفرد المؤنثه عائدة على الجزئية النصفية، وإنما أنثت الضمائر

العائدة على البئر لأن البئر مؤنثة، قال تعالى ﴿وَبِئْرٍ مُّعَطَّلَةٍ﴾⁽¹⁾ وإنما لم يتعين قدر ملكهما من البئر لأن التحبيس الراجع للبئر إنما تعلق بالنصف منها على الإيهام والاحتمال في حقيقة قدر ما يصير لهما منها بالفريضة هل هو النصف الذي تعلق به التحبيس أو ما فوقه أو ما دونه؟ والبئر كالمطبخة من أصل مشاع بين الجميع وهو الدار ولا يعين قدر جزئية ملكهما منها - أي من البئر - إلا عمل الفريضة، والسائل لم يذكر فريضةً ضُربت في البئر حتى خرج من الفريضة نصف البئر للمحبسين حتى كان بذلك تحبيسهما لنصيبهما إنما تسلط على ما هو ملك لهما خاصة.

وقولي: فصار تحبيسها النصف المذكور بسبب عدم تعيينه لملكهما معروضا لكونه تحبيسا واقعا في ما يملكانه وفي ما يملكه غيرهما عقداً واحداً. وجه كونه معروضا لذلك عدم عمل فريضة بمناسخاتها بين جميع الورثة فحيث لم تضرب فريضتهم فيها جاء إيهام قدر جزئية ملكهما، ولا يكشف غيب قدره إلا الفريضة، فما دامت غير مضروبة فجزئية ملكهما من البئر محتملة للنصف ومحتملة لأقل منه ومحتملة لأكثر منه، والاحتمالات متساوية إذ لا دليل ولا قرينة على أحد الاحتمالات دون غيره منها، فصار النصف الذي تعلق تحبيسهما به هو أحد احتمالات ثلاثة فصلت المعروضية المذكورة من سبب الاحتمالات المتساوية المذكورة وهذا جلي التصور. وإنما قلت: معروضا ولم يُجزم به لأنه مُفْرَعٌ على أمر محتمل لا على أمر محقق، فلو كانت الفريضة لتحقق هو أو خلافه، والمعروض على الاحتمال معتبر لقاعدة أنه «لا يُقضى بالمحتمل».

وقولي: ومع المعروضية ومثيرها المذكورين لا يُقضى بتحبيسه المعروضية المذكورة هي كون التحبيس واقع على ما يملكه المحبسان

(1) القرآن: الحج 45.

وعلى ما يملكه غيرهما، ومثيرهما أي سببها الذي أبانها ودلّ عليها هو عدم تعيين النصف بملكهما بعمل الفريضة التي تحقق حقهما وتبين قدره على التحقيق من غير احتمال [66 ب] ليتحقق أن تحبيسهما لجزء البئر واقع على ملكهما المحقق لا على ملك غيرهما معه، فلما أن ظهرت المعروضية المذكورة ومثيرها ظهر احتمال أن تحبيسهما واقع على ما هو ملك لهما وما هو ملك لغيرهما فلا يُقضى به حينئذ، لأن القاعدة أنه «لا يُقضى بالمحتمل» والقاعدة أن «المحبس لا يقضى به إلا بعد إثبات التحبيس، وإثبات ملك المحبس لما حبسه وقت التحبيس» ويتعين الملك المحبس بالحيازة ثم الإعدار للمحكوم عليه به ولم تُلفَ عنده فيه حجة. بهذا أفتى القاضي أبو الوليد بن رشد - رحمه الله تعالى - نقله الشيخ البرزلي - رحمه الله تعالى - في الورقة 15 من حسبه .

قلت: فبالتعيين في المطبخة وتعلق التحبيس بجميعهما وهي مشتركة وبالمعروضية ومثيرها في نصف البئر، أما خروج تحبيس المطبخة بالتعيين فواضح وخروجه بالاشتراك فلما مرّ من أن المحبس إنما يكون ملكا لمحسبه. وأما خروج تحبيس نصف البئر بالمعروضية ومثيرها فلما مرّ في المقدمة ولما مرّ من أن المحبس لا يكون إلا ملكا لمحسبه عند قولي: فصار تحبيسها بجميعها تحبيسا لملكهما وملك غيرهما عقداً واحداً فراجعهُ، ولما مرّ الآن في فتوى ابن رشد.

وقولي: بالتحبيس المذكور غير نافذ في نصف البئر أيضا أي حين كان تحبيس نصف البئر محتملا لمساواته لقدر نصيب المحبسين منهما أي من البئر على التحقيق ومحتملا لعدم مساواته إياه بالقلة أو الكثرة، وهذا هو المثير والمبين لكون التحبيس واقعا على ما يملكه المحبسان وعلى ما لا يملكانه، وهذا هو الذي أثاره المثير المذكور وهو إبهام القدر بترك ضرب الفريضة، وعبر بغير نافذ أشار إلى عدم القضاء به

على ما مرّ من قاعدة المحتمل أنه لا يقضى به وإلى توقف نفوذه على ثبوت الملكية في فتوى القاضي أبي الوليد بن رشد.

تنبيه، إذا عملت الفريضة في الدار وبثها وتعيّن من الفريضة قدر الجزء الذي يملكه المحبّسان على التحقيق فيحتمل أن يقال: ينفذ عقد تحبيسهما المذكور ويختص بأن يتسلط حكمه على الجزء الذي تعين لهما بالفريضة وينطبق على ذلك الجزء المتعيّن حكمُ التحبيس. ويحتمل أن يقال: تحبيسهما الواقع باطل لأنه عقد فاسد جمّع صحيحاً وفسداً فيفسخ كله. وإذا أرادك استئناف تحبيسٍ في نصبيهما المحقق استأنفاه.

ودليل الاحتمال الأول ما وقع في الورقة الثالثة من القاعدة الأولى من قواعد النحو من ترتيب القواعد والفروق في الورقة 13 منه ونصه: القاعدة الثالثة أن «من تصرف في ما يملك و في ما لا يملك يُعدُّ تصرفه في ما يملك دون ما لا يملك»، انتهى.

ودليل الاحتمال الثاني أصل المذهب وهو المشهور أن العقدة إذا جمعت حراماً وحلالاً تُفسخ كلها. فعلى الثاني يبطل التحبيس كله في هذه النازلة في المطبخة وفي نصف البئر للعلة المذكورة وهي كونه تحبيسا في ملك المحبسين وفي ملك غيرهما صفقة واحدة جمعت حلالاً وحراماً فيفسخ كله. وعلى الأول وهو نفوذ التصرف الذي هو التحبيس في ما يملكه المتصرف دون ما لا يملكه يدخل النازلة حيثئذ الخلافُ الواقع في تحبيسه الجزء المشاع الذي يملكه محبّسه من ربع لا ينقسم على ذلك الجزء بدون إذن الشريك. فهاهنا تقرر حكم تحبيسه وتقرر الترجيح بين الأقوال [67 أ] الحاصلة فيه فنقول: نصّ الشيخ ابن عرفة - رحمه الله تعالى - في أول حبس مختصره في: جازَ تحبيسُ مُشاعٍ ربع مشترك فيه مطلقا ووقفه على إذن شريكه في ما لا ينقسم وإلا بطل. ثالثها يجوز مطلقا ويجعل ثمن الحظ المحبّس ممّا لا ينقسم في مثل ما

حبسه فيه لظاهاها مع ظاهر سماع ابن القاسم . ونص ابن زرب واللخمي عن المذهب ولا بن حبيب مع ابن الماجشون ، انتهى .

وفي خاتمة شفعتها قال مالك - رضي الله تعالى عنه - في دار بين رجلين حبس أحدهما نصيبه على رجل وولده وولد وولده فباع شريكه في الدار نصيبه فليس للذي حبس ولا للمحبس عليهم أخذه بالشفعة إلا أن يأخذه المحبس فيجعله في مثل ما جعل نصيبه الأول . الشيخ ابن ناجي في كبيره وصغيره : ظاهره كانت الدار مما لا تنقسم أم لا ، وعلى ذلك حملها شيخنا ابن عرفة ، وهو قول ابن زرب . وحملها أبو إبراهيم على ما إذا كانت الدار تنقسم وإلا فلا يجوز ، وبه أقول إذ لم يحك اللخمي غيره ولم يعزه بل ذكره كأنه المذهب للضرر اللاحق للشريك في من يصلح معه ، وبه أفتى شيخنا القاضي أبو عبد الله محمد بن محمد بن فندار القيرواني المرادي لما وقعت بالقيروان . وبه أفتى شيخنا أبو مهدي عيسى الغبريني لما وقعت به وقته أيضا . وما ذكره اللخمي قبله في نوازل الشعبي . وأما ما ذكره في ما ينقسم لا خلاف فيه واستشكله شيخنا ابن عرفة بقوله : على أن القسم تمييز حق . وأما على أنه بيع فإنه يؤدي إلى بيع الحبس إلا أن يقال الممنوع يبعه ما كان معينا المعروف للقسم لأنه كالمأذون في بيعه ، من محبسه ، انتهى من ابن ناجي .

ووقع في ثامنة ترجمة الشفعة من البرزلي ما نصه : يقوم من مسألة المدونة وغيرها أنه يجوز تحبيس المشاع بغير إذن الشريك ، والصحيح لا بد من الإذن ، فإن منع فإن كان يقبل القسمة قسم وبقي نصيب المحبس حبسا ، وإن لم ينقسم ولم يأذن وهو مضر رد الحبس ، قاله اللخمي . واختار غير واحد فيه أنه يباع وما قابل النصيب المحبس جعل في مثله أو شورك به في حبس ، وبه وقعت الفتوى . قال أبو حفص لا يجبر على ذلك . البرزلي : كإقرار أحد الورثة أن أباه أعتق هذا العبد

فنصيبه منه بعد البيع يستحب أن يجعل في رقبة آخر. وظاهر فتوى أصحابنا الجبر.

قلت: اختيار غير الواحد هو القول الثالث في كلام ابن عرفة المعزوة لابن حبيب مع ابن الماجشون. وقوله ظاهر فتوى أصحابنا الجبر يعني في مسألة العبد. ووقع في الورقة الموفاة 30 من حبس البرزلي ما نصه: وفي ابن الحاج تحبب جزء شائع من دار إن كانت تقبل القسمة قُسمت وإلا ففي الواضحة تُباع كلها ويُبتاع بثمن النصيب المحبب حبس. ونزلت في فرن حبس منه جزء على ولد ابن محبب فأفتى الفقهاء بإعماله وإنفاذ قضائه. أبو علي: ورأى ابن الطلاع ما في الواضحة فلم يعمل به. البرزلي أخذ إعماله من آخر الشفعة من المدونة من دار بين رجلين حبس أحدهما نصيبه على رجل وولده وولد ولده فباع شريكه في الدار نصيبه فليس للذي في حبس ولا للمحبب عليهم أخذه بالشفعة إلا أن يأخذه المحبب فيجعله [67 ب] في مثل ما جعل نصيبه الأول، فأخذ منه تحبب المشاع بغير إذن شريكه، والصحيح لا بد من الإذن، انتهى ما يمس منه.

قلت: حصل من كلام ابن ناجي الربع الذي منه الجزء إذا كان ينقسم جاز الحبس اتفاقاً، وإن لم ينقسم فالأقوال الثلاثة فاعرفه. فالقول الأول الجواز إذن الشريك أم لم يأذن معزوة في كلام ابن عرفة لظاهر المدونة مع ابن زرب وفي كلام البرزلي للإقامة منها ولأخذ فيها ومعناها واحد. والقول الثاني الجواز إن إذن الشريك فإن لم يأذن بطل الحبس، وهو المذهب عند اللخمي وقاله في نوازل الشعبي وهو الأصح عند البرزلي، وأفتى به الشيخان ابن فندار المرادي والغبريني ورجحه ابن ناجي. والقول الثالث الجواز ويُبَاع الجميع ويُجعل ثمن الحظ المحبب في مثله أو سُورِك به في حبس، قاله ابن حبيب وابن الماجشون. قال

الشيخ البرزلي: واختاره غير واحد. قال ابن الحاج: وبه وقعت الفتوى، وقضى به أبو علي في مسألة ابن محسن، ورفضه محمد بن الفرغ بن الصلاح.

قلت: الترجيح الواقع في القول الثالث باختيار غير واحد وبه وقعت فتواهم بنى به في القول الثاني فتوى الإفريقيين وترجيح الشيخ ابن ناجي إياه بقوله: وبه أقول، وتصحيح الشيخ البرزلي، والتصحيح مما يترجح به القول على مقابله، والحكم من أبي علي لا ترجيح به لأنه يتعلق بالجزئيات العينية فلا يتعدى إلى مماثلها. قاله في التبصرة وفي المختصر وفي الشامل، وقول الشيخ البرزلي في ترجمة الشفعة: واختار غير واحد إلى قوله وبه وقعت الفتوى فحمل على قول الفقهاء في حبس ابن محسن المنقول في ترجمة الحبس عن ابن الحاج وحاصله أن الحكم في الجزئية المعينة لا ترجيح به في غيرها والفتاوى متكافئة، فتاوى الأندلسيين وفتاوى الإفريقيين، والتصحيح زيادة ترجيح في القول الثاني، كما أن قول ابن ناجي فيه وبه أقول زيادة ترجيح فيه أيضا. فتعين بهذا راجحية القول الثاني على القول الثالث والأول قطعا مع أن أخذ القول الأول من مسألة المدونة مخدوش فيه أيضا فلا يوجب له ترجيحاً. وبيان ذلك بتقرير قاعدة وهي أن «الكلام إذا خرج لبيان معنى فلا يُحتج به في غير ذلك المعنى لأن المتكلم معرض عن ذلك الغير». هكذا وقع في القاعدة السابعة من قواعد الدعاوى في الورقة 150 من كتاب ترتيب القواعد والفروق للشيخ أبي عبد الله المغربي. وكلام الإمام - رضي الله تعالى عنه - في مسألة المدونة خرج لبيان معنى وهو حكم الشفعة وهو أنه ليس للمحبس عليهم ولا للمحبس أخذ الجزء المشاع المبيع بالشفعة، إلا أن يأخذه المحبس فيلحقه بحبسه الأول، والإمام في ذلك معرض عن المعنى الآخر وهو حكم تحبيس الجزء المشاع إذ لو سئل عن حكم

تحسيس الجزء المشاع لأمكن أن يجيب بمنعه أو بالتفصيل بين ما لا ينقسم وما ينقسم .

قلت : ويشهد للقاعدة وحمل مسألة المدونة عليها ما أسرده الآن في أوائل مراتبها ما نصه : وإن ولدت الأمة عنده لم يبع الأم مباحة ، وتحسيس [68 أ] الولد إلا أن يبين الشيخ المغربي في مباحة صغيره . الشيخ المغربي في خامسة مباحة كبيره : قال القاضي عياض - رحمه الله تعالى - اعترضها فضل وقال : هذا بيع تفرقة وللناس في تعليلها تأويلات فذكرها وذكر منها أنه إنما تكلم على أحكام المباحة ولم يتعرض لحكم التفرقة . وكثيرا ما يرد هذا في مسائله ، انتهى . من ثانياة مباحة صغير المغربي ومن خامسة مباحة كبير ابن ناجي في قالب الربع ، ووقع في الورقة 17 من كتاب الجعل والإجارة من كتاب ابن ناجي في قالب الربع ما نصه : في أوائل شفعة المدونة ، وكذلك إن اشترى من ثلاثة رجال من أحدهم حصته في نخل ومن آخر حصته في⁽¹⁾ ومن آخر حصته في دار في صفقة واحدة . إلى أن قال : وشفيع ذلك كله واحد فإما أخذ الجميع أو سلم . قال المغربي : لقائل أن يقول : إنما تكلم على أحكام الشفعة ولم يقصد إلى حكم جمع السلعتين ، ولو سئل عن جمع السلعتين لمالكين لأمكن أن يجيب بالمنع . وهذا كما قال في المباحة : ولو ولدت الأمة عنده لم يبع الأم مباحة ويحبس الولد إلا أن يبين ومثل هذا كثير ، انتهى ما يمسه منه . ووقع في خامسة التجارة إلى أرض الحرب من صغير المغربي عن عياض : جمع السلعتين لمالكين في البيع لا يجوز على المشهور ، ونقله في الورقة 161 من الخامس .

(1) بياض بمقدار كلمة بالأصل .

قلت: فأنت ترى كيف كان جمع السلعتين لمالكين في البيع لا يجوز على المشهور من مذهب مالك مع جواب الإمام - رضي الله تعالى عنه - في هذه المسألة وهي جمع ثلاث سلع لثلاثة رجال لتعذر حكم الشفعة في الجميع أو تركها في الجميع مع أن تركها في الجميع لازمة جواز الجمع رفع ذلك فلم يتكلم في منعه فاقضى ظاهر سكوته علة جواز هذا الجمع كما وقع هذا الظاهر في مسألة خاتمة كتاب الشفعة في تحييس الجزء المشاع وأقاموا الجواز منها من ظاهر إطلاقه. لكن كلام الشيخ المغربي في مسألة الجمع مع كلام القاضي عياض في مسألة المراجعة مع كلام الشيخ المغربي في القاعدة المذكورة كلها جارية في مسألة خاتمة الشفعة، بحيث إن كلام الإمام فيها في حكم الشفعة وهو معرض عن غير هذا الحكم يردّ ما وقع من أخذ جواز تحييس الجزء المشاع ولا يؤخذ منها الجواز، لأن كلامه فيها في معنى الشفعة لا يحتجّ به في غيره على ما مرّ تقريره.

ووقع في خامسة صلاة الجمعة من المختصر الفقهي للشيخ الجد - رحمه الله تعالى - ما نصه: قال شيخنا الأبي: كان الشيخ البوذري مدرساً بمدرسة التوفيق يدخل من داره إلى المسجد ومن المسجد إلى المدرسة فقبل تجعل المسجد طريقاً فاحتج على ذلك بقول مالك - رضي الله تعالى عنه - في المدونة: لا بأس أن يمرّ في المسجد ويقعد من على غير وضوء. وفيه نظر. لأن قول مالك المذكور إنما خرج مخرج بيان أن ليس من شرط الكون في المسجد الطهارة، ولو احتج بقولها: ومن دخل المسجد لم يقعد حتى يصلي ركعتين إلا أن يكون مجتازاً لحاجة. وسمعه شيخنا الإمام ابن عرفة. وكأنه صوّبه الشيخ الجد - رحمه الله تعالى - . حكى الأصوليون والفقهاء في الكلام إذا خرج بيان معنى هل يحتج [68 ب] به في غيره أم لا؟ انتهى ما يمس منه من مختصر الشيخ الجد.

قلت: الذي وقفتُ عليه من كلام الأصوليين ما مرَّ نقله في قواعد القرافي وعن ترتيبها للشيخ المغربي، ومن كلام الفقهاء ما نقله القاضي عياض وسلّمه في مسألة المراهبة وأنه كثيرا ما يرد في مسائل الإمام، وما قاله الشيخ المغربي في مسألة الشفعة في الثلاث سلع وأن مثله كثير. فهذه النصوص كلها الأصولية والفقهية قد شهدت بصحة القاعدة المذكورة وهي أن «الكلام إذا خرج لبيان معنى فلا يُحتج به في معنى آخر، لأن المتكلم معرض عن غير ما سئل عنه» ومسألة المدونة في الجزء المشاع خرج جواب الإمام فيها لبيان معنى وهو حكم الشفعة. فأجاب فيها بمنع المحبس عليهم ومنع المحبس من الأخذ فيها بالشفعة، إلا أن يأخذ المحبس فيلحقه بحبسه الأول مع إعراض الإمام عن حكم تحبّس الجزء المشاع بالجواز أو بالمنع أو بالجواز مع قبول الربع المحبّس جزؤه للقسمة أو وقع إذن الشريك فيه في التحبّس.

وهذه المعاني كلها مسكوتٌ عنها في سؤال سائله وفي جوابه فأقول: لو سئل عن حكم تحبّسه لأمكن أن يجيب بالمنع في ذلك مراعاة لحق الشريك في تضرره بعدم الانقسام وعدم توصله إلى البيع أو لعدم من يصلح معه إذا فسد منه شيء، كما قال الشيخ المغربي في مسألة جمع السلعتين لمالكين في البيع في مسألة الشفعة. فظهر بهذا التقرير الخدش في أخذ القول الأول من مسألة المدونة، وعند الخدش في أخذه منها سقطت راجحية ذلك القول وبقي خليا عن راجحية تعارض راجحية القول الثاني، فصار القول الثاني منفردا بالراجحية عليه بما قررته الآن، ومنفردا بالراجحية على القول الثالث بما قررته في ما مرّ، فتعيّن العمل بالقول الثاني لانفراده حينئذ بالراجحية على القولين معاً. وفي هذا القدر من الدليل كفاية. والله سبحانه وتعالى أعلم، وبه التوفيق.

وكتب هنا منقولاً من مسودته في آخر ليلة الأربعاء سابع عشر من جمادى الآخر عام 1006 [هـ / 26 جانفي 1598 م].

الحمد لله، سألتني عمران عُرْف الشيخ، قُرْب دارنا بمسجد القبة⁽¹⁾ من فوق في يوم الأحد سابع عشر جمادى الآخر المذكور عن مسألة رجل تزوج بكرةً من أبيها وبنى بها، ثم بعد ذلك أساءت عشرته ونكّدت عليه وأضرّت به، وأتى أبوها وعمّها وأرادا الشهادة عليها بأنها مضرة لما ظهر لهما من حالها وسوء عشرتها. فأتى وكيلها ولم يرضَ بشهادتهما، فهل يُعمل بشهادة أبيها وعمّها وتؤدّب لسوء عشرتها بمقتضى شهادتهما أم لا؟ والحالة أن أباه وعمّها ممّن تُرضى أحوالهما وتُقبل شهادتهما شرعاً، والسلام.

فأجبتُ بما نصه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فعليها الأدب بشهادتهما حتى ترتفع عن مضرتّها وسوء عشرتها، وقبول شهادة أبيها وعمّها عليها بذلك وهما بصفة ما ذكر في السؤال أمرٌ لا يفترق للاستظهار على صحته بنقل ولا بنصّ. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

[69 أ] الحمد لله سألتني عمران الشيخ المذكور يوم السبت ثالث عشرين من جمادى الآخر المذكور عن مسألة امرأة شهدت عليها بينة بأنها تضرّ بزوجها وتسيء عشرته بداره وتُنكر عليه في أحواله ومع هذا طلبت السكنى عند جديدين، فهل يُقضى لها بذلك بعد الثبوت لما ذكر أو ليس لها ذلك؟ والسلام.

فأجبتُ بما نصه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر وثبتت البينة المذكورة فلا إشكال حينئذ عند الحاكم في أمرها، فلا تُمكن مما طلبتُ

(1) هو مسجد يقع بتونس نهج تربة الباي. قد يطلق عليه عند العامة اسم «مسجد القبة». وُلد المؤرخ عبد الرحمن بن خلدون في بيت قريب منه. انظر الدولاتلي: مدينة تونس في العهد الحفصي ص 261.

لأنها إنما تمكّن مما طلبت إذا لم يتبين أمرهما بثبوت الضرر من أحدهما، وهاهنا قد ثبت الضرر منها وسوء العشرة فيزجرها الحاكم ويؤدبها بما يراه. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، اعرف هذه المسألة من كلام الشيخ المغربي في تاسعة ستور صغيره وكذلك في الورقة 20 من كبيره عن النوادر عن سحنون - رضي الله تعالى عنه - أنه يجعل الحاكم معهما من يتبين له به أمرهما ثم يعمل على ما يتبين له.

فقولي: إنما تمكّن مما طلبت إذا لم يتبين أمرهما بثبوت الضرر من أحدهما، بثبوت يتعلق بتبيين من قولي إذا لم يتبين، وهذا لما أفتى به سحنون مما وقع في كلام الشيخ المغربي - رحمه الله تعالى - في الورقة 20 من كبيره ونصه: قوله فإن خيف أن تفعل بهم ذلك ضمّت إلى ناس من المسلمين، الشيخ: يؤخذ جواز دار ثقة.

وفي كتاب ابن سحنون: سئل سحنون عن المرأة تأتي إلى الحاكم فتدعي الضرر ويدعي أيضا زوجها ضارها به وسوء صحبتها ولا يعلم ذلك إلا بقولهما فقال: إذا لم يظهر ما ادّعى فإن للحاكم أن يختبر ذلك بأن يجعل معهما ما يتبين به أمرهما ثم يعمل على ما يتبين له، انتهى من النوادر.

وأنكر ابن لبابة دار الثقة وقال: هذه بدعة وخلاف الكتاب والسنة، فقيل له: كيف يعمل بينهما إذا لم يتبين الظالم من المظلوم؟ قال: ينظر الحكمان. وذكر ابن عبد البر - رحمه الله تعالى - أن يحيى بن يحيى كان يفتي بدار ثقة وبه جرى العمل عندنا. صحّ من جامع الطرر، انتهى من المغربي.

قلت: واعرف كلام الشامل في أول فصل... (1) في الورقة 112 منه، وكلام التبصرة في الورقة 211 منها ونقلتها في الورقة 40 من الخامس وفي الورقة 150 منه والورقة 33 من الرابع، وخامس عشرين رمضان 1003 [هـ / 25 ماي 1595 م] ولا يدخل في هذه النازلة. تعليق: يمكن مدعي الضرر من أحد الزوجين من سكنى دار الإسكان على تكرار شكواه، لأن تمكينه على تعليق تكرر شكواه معناه إذا لم يثبت بالبينة، وهذا الضرر في هذه النازلة قد ثبت بالبينة فلا احتياج إلى تكرر الشكوى ولا إلى عدم تكررها لأن الاحتياج إلى ذلك مبني على عدم ثبوت الضرر من المضرّ بالبينة وهذا ضرر قد ثبت لا ببينة، فاعرف ذلك.

وهذه المسألة تنظر إلى قاعدة وهي «إذا سقط المقصد سقطت وسيلته» إلا ما استثني من القاعدة كإمرار موسى على رأس الأقرع في الحج. والمقصد هنا قد سقط وهو تبين الضرر فنسقط وسيلته وهو إسكانهما بدار الجيدين ليتبين الضرر ومن صاحبه المضرّ. والله تعالى [69 ب] أعلم. وبه التوفيق.

الحمد لله، سألتني علي البنّار القصاب في يوم الاثنين خامس عشرين جمادى الأخرى المذكور عن نسخة سؤال وأجوبة. نص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم عن مسألة رجل تزوج بنتاً بكرًا من أبيها ودفع لها ما شرط عليه من النقد والهدية وذلك منذ عام فوِّقت بينهما مشاجرة وطلبا السكنى عند جيدين وحوائج فرشها وحوائج لباسها كلها عندها بدار الإسكان المذكورة ما زالت جديدة لم تتخلق ولم تتغير وقمجتان ومقطع عندها وسفساري وكنبوش خام، فطلب أبوها الكسوة للمضاررة وإلا فكسوتها المذكورة عندها. فهل تلزمه الكسوة والحال ما ذكر أو لا تلزمه الكسوة حتى تتخلق الكسوة التي عليها؟ والسلام.

(1) بياض بمقدار كلمة بالأصل.

ونص الجواب: الحمد لله إذا كان الأمر كما ذكر فلا يلزم الرجل الكسوة ما دامت حوائج لباسها المشتركة بصداقها موجودة. قال ابن شاس: فإذا كانت الزوجة حديثة عهد بدخولها وكانت شورتها التي شُورتُ بها من صداقها عندها فليس على زوجها سوى ذلك لا في ملابس ولا غطاء ولا وطاء، بل له عليها الاستمتاع معها بذلك ولا كلام لها فيه. ولهذا يصدق الرجال نساءهم ما يصدقونهن، انتهى كلامه. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق. وكتبه أحمد بن محمد المسراتي.

ويتلوه ما نصه: الحمد لله، إذا ثبتت حوائج الزوجة المذكورة التي اشترى لها من مقدم صداقها وأنها موجودة الآن فلا يلزم الزوج الكسوة ما دامت حوائجها موجودة فإذا تخلقت فعلى الزوج الكسوة. وعليه فما أجاب به الشيخ المفتي أعلاه حفظه الله تعالى صحيح وبمثله أجيب. والله تعالى أعلم. وكتبه سالم بن علي النفاطي.

ويتلوه ما نصه: الحمد لله ما أجاب به الشيخان المفتيان أعلاه - حفظهما الله تعالى - من عدم إلزام الزوج كسوة لزوجته المذكورة إذا لم تزل حوائج فراشها ولباسها صحيحة غير مهترئة صحيح وبمثله أجيب إذ لا معنى للتجديد حينئذ لما فيه من الضرر على الزوج المذكور. وكتبه أحمد بن منصور قشور الجبالي.

فأجبتُ عن ذلك بما نصه: الحمد لله، وقع للشيخ ابن عبد الغفور - رحمه الله تعالى - ما نصه: إذا كان للزوجة كسوة من جهازها أو هدية اشترطت عليه أو كانت عندهم معروفة كالشرط لم يلزم الزوج كسوة حتى تخلقها حينئذ يُقضى لها عليه بالكسوة. وعلى هذا فالأجوبة المسطورة أمامه عن هذه النازلة المسطورة في السؤال صحيحة وبمثلهما أجيب. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، كلام الشيخ ابن عبد الغفور وقع في الورقة 13 من نكاح البرزلي عن الاستعناء له، واعرّف بقية ما اتصل به من كتاب آخر، ومن جواب ابن رشد في نحو ذلك، واعرّف جواب الشيخ أبي محمد بن أبي جعفر المرسي في الورقة 53 من نكاح البرزلي، واعرّف ما كتب به عبد الله بن طالب قاضي إفريقية إلى بعض قضائه حيث يسكن الزوجان بين جيدين صالحين في الورقة 66 من نكاح البرزلي من فصول كتابه ما نصه: ووكل [70 أ] امرأتين صالحتين بها ونفقتهما على الزوج وللزوجة النفقة. وأما الغطاء والوطاء والكسوة فلا ولا كرامة إذا عرف ضررها، انتهى. فقولي: عن هذه النازلة المسطورة في السؤال أشرت به إلى قول السائل في سؤاله: فطلب الكسوة للمضاررة، وإلا فكسوتها المذكورة عندها. فقصدُ أبي الزوجة بطلبه الكسوة المضاررة بالزوج تسقط عنه الكسوة كما كتب به القاضي ابن طالب. فاعرّفه، فهذا معتمدنا مع نص الاستعناء والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

الحمد لله، سألني الحاج سالم بن محمد عزيز المنستيري من القيروان في جمادى الآخر عام 1006 [هـ / جانفي - فيفري 1598 م] عن نسخة رسم نصه بعد افتتاحه: اعترف محمد بن عبد الله الشفراء أنه لما اشترى من الحاج سالم بن محمد عزيز لسابق التاريخ أرضاً من أراضي هنشير قصر الماء، والهنشير المذكور إذ ذاك استقر على ملكه بثمن معلوم، وسلمها له الحاج سالم المذكور أنه - أعني الحاج سالم - لم ير الأرض المبيعة المذكورة ولم توصف له بوصفها عند التبايع إلا أن حرّاة الهنشير المذكور إذ ذاك جماعة ربض قصر اوة أخذوا من محمد الشفراء المذكور أربعة عشر ديناراً من الكرونة على أن يصفوها لبائعها الحاج سالم قبل التبايع بوصف ذميم. وبسبب وصفهم إياها له بما وصفوا رضي بالثمن الذي سلمها به محمد الشفراء المذكور. وشهد على إشهاده بذلك وهو بحال الجواز، وعرّفه فلان وفلان من شهود القيروان.

ونص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأملكم معاني الاعتراف المذكور أعلاه، فهل لسالم المذكور فيه يقام على محمد الشفراء المشتري منه لاعتراف محمد أن الحاج سالم البائع منه المذكور أنه لم ير الأرض المبيعة المذكورة ولا علم أو صافها وقت التبايع، وإنما وصفها له بعض الناس الآخذين الرشا المذكور على التدليس المشار إليه في الاعتراف كي يصف الأرض لبائعها المذكور بأحقر وصف وأدّم قيمة وأقلّ نفع. وعليه فهل يجب للحاج سالم المذكور ردّ المبيع أو إمضاءه لظهور حال الأرض على غير ما وُصفت في الذمة أو ليس له ذلك؟ والسلام.

فأجبت بما نصه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فالإشهاد المنسوخ أعلاه من محمد المشتري مقتضى لاعترافه بجهل الحاج سالم البائع بحال مبيعه قطعاً، وجهله بحال مبيعه يوجب فسخ تبايعهما لأنه حينئذ عقد طابق النهي، إذ قد ثبت في الحديث الصحيح (النهي عن بيع المجهول)، وعليه مذهب مالك - رضي الله تعالى عنه - . ولو تضمن رسم التبايع بينهما معرفة الحاج سالم الأرض المبيعة أو تضمن اعترافه بالرؤية فلا تقوم لمحمد حجة بذلك في تصحيح التبايع لأنه قد أكذب ذلك بإشهاد المذكور، ولأن مذهب المدونة إن علم أحد المتبايعين بالفساد يفسد المبيع. ولا خيار للحاج سالم البائع في إمضاء البيع، بل يتحتم فسخه ولا يتلافى تصحيحه في هذه النازلة على ما لا يخفى. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، قولي: إذا كان الأمر كما ذكر فالإشهاد المنسوخ أعلاه من محمد المشتري مقتضى لاعترافه بجهل الحاج سالم البائع بحال مبيعه، [70 ب] فمن محمد يتعلق بالإشهاد أي الواقع منه، ومقتضى خبر الإشهاد، وبجهل يتعلق بقولي لاعترافه، وبحال مبيعه يتعلق بجهل، والاقضاء المذكور هو من قول محمد المعترف أن الحاج سالم لم ير

الأرض المبيعة ولم توصف له بوصفها، فهذا اللفظ يستلزم اعتراف محمد بأن الحاج سالم يجهل حال أرضه المبيعة لأن اللفظ المذكور ملزوم بجهالة الحاج سالم بحالها.

إذا قلت: إن الحاج سالم لو لم يرَ الأرض ولم توصف له بوصفها جهل حالها تركب من هذا القول ملزوم وهو مدخول لو، ولازم وهو مدخول اللام كقولك لو كانت الشمس طالعة لكان النهار موجودا. والقاعدة أن «الاعتراف بوجود الملزوم يقتضي الاعتراف بوجود لازمه وإلا كان وجود ملزوم بدون لازمه وأنه محال» كيف وقد صرح محمد بعد اللفظ المذكور بما يقتضي جهالة الحاج سالم حيث قال إلا أن حرّاة الهنشير...، إلى آخر الإشهاد. واعرف بحث اللازم والملزوم في أواخر قعدة عام 1005 [هـ / أواسط جويلية 1597 م] ويوم الأربعاء موفى ثلاثين من ربيع الأول عام 1006 [هـ / 10 نوفمبر 1597 م].

وقولي: وجهله حال مبيعه يوجب فسخ تباعهما لأنه حينئذ عقد طابق النهي، الضمير المضاف إليه في جهله عائد على الحاج سالم البائع الذي اعترف محمد الشفراء بجهله بحال مبيعه، وضمير لأنه عائد على تباعهما والعامل فيه فسخ، وهو علة فيه، لأن مطابقة النهي هي علة الفسخ وحينئذ أي حين جهل البائع مبيعه ومطابقة النهي يأتي الآن بيانها.

وقولي: إذ قد ثبت في الحديث الصحيح (النهي عن بيع المجهول) هذا بيان مطابقة النهي، وهذا الحديث الشريف وقع في القاعدة السادسة من قواعد البيوع من كتاب ترتيب القواعد والفروق للشيخ أبي عبد الله المغربي في الورقة 124 منه، وله في أول القاعدة 11 من قواعد البيوع ما نصه: العلماء - رضي الله تعالى عنهم - يستعملون كل واحد من لفظ الغرر ولفظ الجهل مكان الآخر فاصل الغرر وهو الذي لا يعرف هل

يحصل أو لا يحصل كالطير في الهواء والحوت في الماء . وأما ما عُلِمَ حصوله وجُهلتْ صفتُه فهو المجهول، كبيع ما في كفه فهو حصول قطعا لكن لا يقرر أي شيء هو . اعرف بقية كلامه فيه في الورقة 127 من الكتاب، واعرف الورقة الثامنة من السابع والورقة 181 منه . ووقع في سابعة البيوع من شرح الشيخ يوسف بن عمر على الرسالة ما نصه : الغرر والخطر لفظان مترادفان بمعنى واحد وهو ما جهلت عينه، وقيل : ما تردد بين السلامة والعطب، وقيل : متباينان يدل عليه قول الشيخ : ولا يجوز بيع الغرر ولا بيع شيء مجهول ولا إلى أجل مجهول، فالخطر ما جهلت عينه، والغرر ما تردد بين السلامة والعطب والشئ المجهول هو الخطر⁽¹⁾ . هذا تأويل أبي محمد صالح، انتهى من الشيخ يوسف بن عمر .

واعلم أن الخلاف الواقع بين الشيخين المتيطي وابن عرفة في دعوى جهل المبيع . فأصل الشيخ ابن عرفة أنها مقبولة وبه أفتى في بيع زوجة الشيخ الشطر في غلة زيتون لها بالحلقة . ذكرها الشيخ البرزلي في الورقة 21 من بيوعه وصوبه . وأصل الشيخ المتيطي أنها غير مقبولة إلا إذا ادعى أن صاحبه المشتري يعلم بجهله فيجب له عليه اليمين [71 أ] أنه لا يعلم بجهله، فإن نكل إذ ذلك يحلف الآخر ويفسخ المبيع . واختلافهما هذا لا يدخل في النازلة لأنه كما تراه من دعوى مجردة وهذه النازلة فيها دعوى جهل المبيع مصحوبة ببينة اعتراف المشتري بجهل صاحبه البائع فاعرفه . ولو سلم أن جهل المبيع في هذه النازلة دعوى مجردة فقد صرح الشيخ ابن عرفة - رحمه الله تعالى - بقوله : دعوى جهل المبيع راجع لدعوى الفساد، وجعله المتيطي وغيره من دعوى الغبن ليس كذلك .

(1) وينطق بالعامية التونسية الخطار، وهو المخاطرة على أمر مجهول .

قال الشيخ الجد - رحمه الله تعالى - في الورقة 59 من كتاب المباني اليقينية من المتيبي : هو قول ابن محرز، والصواب ما قاله ابن عرفة، لأن معرفة المبيع شرط صحة البيع، فعدم شرط صحته يوجب فسادَه ويعطي صورَ دعوى الجهل بالمبيع، والغبن لا يفهم صورَه فلا يكون منه، انتهى. اعرفه واعرف ملخصه عليه في حل كلامه وضعتها هنالك. واعرف الورقة التاسعة من الثالث ولورقة 158 منه ولو اعتبر الاعتراف المنسوخ شبهة في وجود الجهالة في عقد البيع المذكور على الاحتمال. فأصل ابن القاسم - رضي الله تعالى عنه - أن العقد المحتمل الصحة والفساد يُحمل على الفساد. نقله الشيخ الوانوغلي في ثانياً بيع الغرر من حاشيته ونقلته في الورقة 21 من الرابع. وصرح الشيخ ابن عرفة في سادسة قراضه بأنه المشاور، نقلته أيضاً هنالك في الرابع، وأعرفه في الورقة العاشرة من السابع وفي الورقة 66 منه.

وقولي : وعليه مذهب مالك - رضي الله تعالى عنه -، هذا ما درج عليه المختصر والشامل وغيرهما وكما قرره الشيخ المغربي حيث تكلم على الحديث المشار إليه فقال : إن مالكا - رضي الله تعالى عنه - حمله على باب المماسكات والتصرفات الموجبة لتنمية الأموال.

وقولي : ولو تضمن رسم التبايع بينهما معرفة الحاج سالم الأرض المبيعة أو تضمن اعترافه بالرؤية فلا تقوم لمحمد حجة بذلك في تصحيح التبايع. هذه دعوى أتبعها بدليلين أولهما إلزامي وثانيهما حقيقي، وإن كان المفتي منصبه أنه لا يحتاج إلى إقامة الدليل على الأحكام للعامي، والعامي يكفي مجرد الإخبار عن حكم نازلته، لكن ذكر الدليل ولو على طريق الإيجاز والإشارة إذا أمكن فهو أولى لتركن إلى ذلك نفوس الحكام الجهلة، وأهل الأهوية المخالفين المصادمين لعل سوق الدليل يردعهم عن مصادمة الحق لانكشاف حالهم وحال ما يُبدونه من شبهتهم التي

يُوهمون بها العامة بذكر الدليل، فإذا ذكر الدليل والنص انفضحوا وانفضح إيهامهم وشبّههم، قطع الله سَرْمَدِيهِمْ وأراح منهم المسلمين وصان شرعه عن أهويتهم. وهيئات فإن الله لا يقبض العلم انتزاعاً ينتزعه من العباد، ولكن يقبض العلم بقبض العلماء حتى إذا لم يُبق عالماً واحداً اتخذ الناس رؤساء جهّالاً فسئلوا فأفتوا بغير علم فضّلوا وأضلّوا.

وقولي: لأنه أكذب ذلك بإشهاد المذكور، هذا الدليل الأول على الدعوى المذكورة وهي أن محمداً لا تقوم له حجة بما عسى أن يذكر في رسم التبائع من معرفة سالم بالأرض واعترافه برويتها، فالإشارة بذلك عائدة على ما تضمن رسم التبائع من اعتراف الحاج سالم واعترافه بالرؤية. وهذا الدليل إلزامي لأن محمداً المشتري [71 ب] لما اعترف في إشهاد المنسوخ بأن الحاج سالم البائع لم ير الأرض ولم تُوصف له عند التبائع إلى آخر الشهادة، كان لازم هذا الاعتراف منه تكذيب من تقول إنه عرفها أو رآها، والتكذيب الإلزامي عامل كمتعترف بالملازمة تكذيب بينة العدم.

وقولي: ولأن مذهب المدونة أن علم أحد المتبايعين بالفساد يفسد البيع. هذا الدليل الثاني وهو دليل حقيقي على أن علم محمد المشتري بجهل الحاج سالم البائع حال المبيع يوجب فساد البيع، وتقرير ما في المدونة ما وقع في ثمانية آجال حاشية الطرابلسي ونصه قوله: وقرضك ثوباً في مثله كسكّمك ثوباً في مثله، فإن كان النفع للأخذ ولم تغتتر أنت نفعا فذلك جائز، وإن أردت به نفع نفسك علم بذلك صاحبك أو لم يعلم بذلك لم يجوز. هذا نص في أن علم أحد المتبايعين بالفساد يفسد البيع، انتهى من الطرابلسي. وذكر أيضاً المسألة في ثمانية البيوع الفاسدة من حواشيه وفي ثلاثة مديانه. وذكرها ابن ناجي في الورقة 34 من الجعل والإجارة في قالب الربح من كبيره.

قولي: ولا خيار للبائع الحاج سالم البائع في إمضائه البيع بل يتحتم فسخه ولا يتلافى تصحيحه في هذه النازلة على ما لا يخفى. أردتُ بهذه النازلة مسألة البيع المجهول وكذلك الأجل المجهول، وقيدتُ بهذه النازلة عن نازلة يقترن ويحفّ بها ما يخرجها عن الجهل بوجه ما من الوجوه فلا ترد نقضا عليّ في هذه. فاعرف ذلك في خامسة آجال صغير الشيخ المغربي ما نصه: بعض البيوع الفاسدة لا يتلافى بالصحة إذا وقعت، كالبيع بثمن إلى أجل مجهول، وبعضها يتلافى تصحيحه كالبيع والسلف، والبيع على أن لا يهب ولا يتصدق ولا يبيع، وكبيع الأمة على أن تعتق إلى أجل أو يدبرها أو يتخذها أم ولد. ويحتمل أن يكون محلّ الخلاف أن البيع والسلف ليس الفساد فيه في ذات البيع وإنما هو في فعل خارج.

قلت: والجامع بين فرع الناسي ومسألة الشيخ المغربي هو الجهل إما في الأعيان المتعاضد بها كفرع النازلة وإما في جهالتها وهو مسألة المغربي. قلت: ويدل على أن لا فرق بين الجهل الواقع في الأعيان المتبايع فيها والجهل الواقع في آجالها لجامع الجهل المنهي عنه ما يأتي في كلام الشيخ يوسف بن عمر على الرسالة، فقد جعل ذلك كله من البيع الفاسد الذي يُمنع ويُفسخ بحق الله تعالى ولو تراضى المتبايعان على إمضائه فاعرفه. وتكلم الشيخ المغربي في ثلاثة البيوع الفاسدة فقال: تكررت مسألة عدم تلافى تصحيح البيع بإسقاط ما أفسده. وتكلم في ثانية بحث أن الحيازة في مسألة اشتراط النقذ في بيع الخيار إذا ترك المشتري شرطه ليجوز البيع، وعلى مسألة ما إذا أسقط مشتري السلف سلفه، فاعرفه هنالك.

ووقع في بحث البيع والشرط من فصل البيوع المنهي عنها من الشامل ما نصه: وصحّ البيع إن أسقط المشتري شرطه، ثم قال في مسألة شرط

السلف من أحد المتبايعين ما نصه: فلو أسقط الشرط صح المشروط، وقال في فصل الخيار الشرطي: وأنه يفسد بشرط نقد الثمن فيه، إلى أن قال: ولو أسقط شرط النقد لم يصح على المنصوص. ووقع في ثامنة [72 أ] البيوع من شرح الشيخ يوسف بن عمر على الرسالة إثر قول الشيخ: وكل بيع أو إجارة أو كراء بخطر أو غرر في ثمن أو مثمون أو أجل فلا يحوز، ولا يجوز بيع الغرر ولا بيع شيء مجهول ولا إلى أجل مجهول، ولا يجوز في البيوع التذليس ولا الغش ولا الخلابة ولا الخديعة ولا كتمان العيوب. فقال ما نصه: قوله ولا يجوز في البيع التذليس ولا الغش ولا الخلابة ولا الخديعة ولا كتمان العيوب إلى آخر المسألة، هذا الفصل لا يجوز والذي قبله لا يجوز، لكن الفصل المتقدم إنما يمنع لحق الله تعالى فإذا وقع فإنه يفسخ ولو تراضيا على إمضائه، وهو قوله: وكل بيع فاسد إلى آخر المسألة. والفصل المتأخر إنما يمنع لحق الآدمي الذي هو المشتري، فإذا رضي بذلك جاز، وهو قوله: ومن ابتاع عبداً فوجد به عيباً إلى آخر المسألة. انتهى من الشيخ ابن عمر.

قلت: وقد صرح الشيخ عز الدين بن عبد السلام - رحمه الله تعالى في أجوبته بأن العقد الفاسد لحق الله تعالى يفسخ ولو مع إمضاء من أمضاه فاعرفه. وكلامه هذا دليل على أن الإمضاء المبني على العقد الفاسد فاسد ترى أنه أوجب فسخه مع إمضاء من أمضاه، فكأن الإمضاء فاسد لبنائه على عقد فاسد. واعرف جواب البرجيني في الورقة 16 من وصايا البرزلي ففيه «المبني على الفاسد فاسد» ويرد. وذكرته في الورقة 18 من الثاني، واعرف آخر باب الإقرار من وسط بهرام في الإبراء.

وقولي: ولا خيار الخ، أتيت به للرد على جميع من هو منتصب للإفتاء بتونس والقيروان الجهلة حيث سلكوا بالنازلة مسلك التذليس وعللوا فساد البيع فيه استهواءً لعبارة السائل، ومقتضى ذلك أن يمضي

البيع بإمضاء من دُكس عليه وليس الأمر كما جهلوا بل العلة الجهالة وهي تحتم الفسخ ولا خيار في الإمضاء . والله سبحانه وتعالى أعلم بمن اهتدى .

الحمد لله ، هذه مسائل في الحبس والهبة والصدقة وغير ذلك .

الحمد لله ، في عاشرة كتاب الاستفتاء من حاوي الشيخ البرزلي المسألة الثالثة من المسائل الغرناطية التي سئل عنها الشيخ ابن عرفة من غرناطة حاضرة الأندلس ونصها : حين يسردون الأقوال قد ينسبونها إلى المدونة أو غيرها ويقيمونها استنباطا من لفظ محتمل ومفهوم ربما عارضه منطوق في محل آخر ، وكثيراً ما يستدلون بمفهوم كلام مالك وابن القاسم وغيرهما ، والمفهوم من كلام الشارع فيه من الطرق والخلاف ما فيه ، فكيف به في كلام من ليس بعربي . وأيضا ربما استنبطوا الخلاف من ضبط الحرف كما فعلوا في كتاب الصيام من المدونة : وعليه قضاء صيام رمضان الآخر . فيا سيدي [72 ب] هل ما انتحلوه من ذلك كله صحيح؟ وأرجو الخلاص عند الله تعالى بعظيم أجركم ويجزل ذخركم .

جوابها : حاصل هذه المسألة أنهم يستنبطون الأقوال من المدونة وغيرها من ألفاظ محتملة ومن مفهوم يعارض منطوقا في محل آخر ويستدلون لمفهوم كلام ابن القاسم ومالك ، والمفهوم في كلام الشارع مختلف فيه ، فكيف به من كلام من ليس بعربي الخ .

وجوابه أن نقول : أما قوله يستنبطون الأقوال من لفظ محتمل إن أراد على التساوي فهذا لا يصح الاستنباط منه ولا أظنه يفعله معتد به ، وإن أراد أنه محتمل على التفاوت والاستنباط من المرجوح فهذا أبعد ، وإن أراد الاستنباط من الراجح فهذا هو الأخذ بالظاهر وعليه أكثر قواعد الشرع .

وقوله: يستدلون بمفهوم كلام مالك وابن القاسم، قلت: هذا واقع في كلام غير واحد من الشيوخ كابن رشد والتونسي واللخمي وهو حسن صحيح، وتعقَّبُ ابن بشير ذلك على اللخمي غير صواب لما تقرر في أصول الفقه من دلالة الدليل الدال على اعتبار المفهوم.

قوله: فكيف به مَنْ ليس بعربي؟ قلت: الكلام إنما هو في الأخذ بالمفهوم من كلام مالك وابن القاسم ونحوهما من أهل المذهب وهما عربيا اللسان عارفان بقول أصول قواعد الفقه التي منها معرفة النص والظاهر والمفهوم وغير ذلك.

وتقرير ما طلب من بيان ذلك أن نقول: كلام مالك وابن القاسم في الأمهات العلمية كلام عالم بالقواعد التي تستنبط منها الأحكام الشرعية لا إرادة إفهام الأحكام الشرعية الثابتة عنده وهذه قضية واضحة لمن أنصف، وكل كلام عالم بذلك لا إرادة إفهام الأحكام الشرعية الثابتة عند الظن في الأمهات العلمية، الظن غالبا يُجزيه في وجوه دلالاته على قواعد استنباط الأحكام الشرعية ينتج ذلك القضية القائلة: كلام ابن القاسم في الأمهات العلمية، فإذا ثبت هذا فالأخذ بالمفهوم منه والظاهر واضح البيان. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

البرزلي: ما قاله شيخنا - رحمه الله تعالى - أشار إليه المازري فذكر في حديث الأنواء في تعليقه على أحاديث الجوزقي ما نصه: فإن أصحاب الشافعي يفخرون بأن الشافعي هو أول من خرَّج أصول الفقه ودوّنه، وكان شيخنا يحيى بن القويم يحكي عن شيخه الصيرفي أنه كان يقول: الذي قالوه غير صحيح، والدليل عليه أن موطأ مالك أصول فقه كله، وخرَّج أمثال هذه الأحاديث المتعارضة التي تحتاج إلى البيان، وحديث الأنواء منها لأنه قال: باب جواز الاستمطار بالأنواء، وخرَّج فيه (إذا أنشئت بحرية...) الحديث، وعقبه بعده فقال: باب النهي عن الاستمطار

بالأنواء وخرّج فيه حديث (أصبح من عبادي مؤمن وكافر)⁽¹⁾ كافرا إلى آخره. وهذا من أصول الفقه لأنه بنى حديث النهي لمن ينسب المطر للنوء، والجواز لمن ينسبها لله تعالى، وأن ذلك لعادة أجزاها الله تعالى فيه لا للأنواء، و الأبخرة تكون من البحر فتصعد تلك الأبخرة إلى الجو فتفعل بنفسها المطر كما تقوله المعتزلة، انتهى كلامه. وعكس ابن العربي فقال في نكّت المحصول لما تكلم على الاستحسان قال: أصحاب مالك لم يكن فيهم قوي الفكر ولا شديد المعارضة يبين إلى الوجود⁽²⁾. البرزلي: [73 أ] وعندني إنما أحدث الشافعي الألقاب والصنعة كما أحدث أصول الدين المتأخرون من المتكلمين والأولون كانوا يعلمون ذلك بطبعهم ولا يعبرون عنه كما عبر المتأخرون، وكعلم الإعراب، العربي يتكلم بطبعه وأحدث النحويون طريق الصناعة ليتوصلوا إلى ذلك. فعلى هذا ما قاله شيخنا - رحمه الله تعالى - صحيح لأن الفقيه يستنتج الأحكام من أصولها على حسب ما تقتضيه فطرته وفكرته الحسنة، فلا يذكر الحكم حتى يزنه بموازين الحق التي تستخرج بها الأحكام. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق⁽³⁾.

الحمد لله، في خامسة أيمان حاوي البرزلي عن ابن المناصف ما نصه: وفيه إذا حلف بالأيمان اللازمة لتغسلن خادمه خابية فانكسرت، فأمر الحالف الخادم بغسل أشقافها. ثم سأل عن ذلك ابن مسلمة فأفتاه بذلك فأخبره بما فعل فقال: فقهِتَ في المسألة أو نحو ذلك. البرزلي: لها نظائر منها: إذا حلف ليأكلن هذا الطعام ففسد ففي البر بأكله قولان. ومنها إذا حلف لجاريته أو امرأته ليطأنها في هذه الليلة فوطئها وهي حائض هل يبرّ أم لا؟ ففيها قولان أيضا. ومنها مسألة إذا حلف لزوجته

(1) وردت الجملة مضطربة في الأصل والإصلاح من فتاوى البرزلي.

(2) وردت الجملة مضطربة بالأصل وفي فتاوى البرزلي.

(3) كامل المسألة السابقة منقول من فتاوى البرزلي ج 1 : 107 - 111.

لتأكلن هذه اللخمة فاخطفها السنور فأكلها فأخذها وشق بطنها واستخرجها وأكلتها هل يحنث أم لا ؟ وهي كمسألة فساد الطعام . وأما إذا فاتت بها ولم يمكنها فذكرها أبو حفص العطار فقال : إذا حلف ليأكلن هذا الرغيف فأكل بعضه ثم أتى القط فأخذ باقيه من يده فذهب فأكله فإن كان شيئاً لم يأكله في الوقت وهو كاللقمة كثير وذهب به فإنه حانث ، وإن كان أكله في الوقت فلا حنث ، وهذا إذا لم يفرط في وقت اليمين أو وقت الأكل . وانظر مسألة حمالات اليتيم وأخواتها ومسألة أن لا يفارق غريمه إلا بحقه ففرّ منه وما يتعلق بها من الخلاف من المسائل . وكذا مسألة الكسرة أقرب لأنها لم تتغير أعراضها في الكسر لأجل الغسل بل لعدم فائدة غسلها فقط، انتهى⁽¹⁾ .

الحمد لله ، في عاشر أيمان الحاوي للبرزلي مسألة : سئل المازري في من كان يمينه على برّ فأكره على الفعل أو على حنث فأكره على الترك . فأجاب : لا شيء عليه من الأول واختلف في الثاني هل يحنث أم لا ؟ مثل أن يحلف ليأكلن رغيفا أو فرخ حمام فأكره على عدم أكله ، ومثل الأول أن يحلف على زوجته أن لا تخرج من الدار وكانت الدار لغيره فأخرجها القاضي . قال بعض شيوخنا : فيها قولان وأخذهما من مسألتين في المذهب وليس فيه عندي إلا قول واحد ، وتأول ما وقع في وجه الحنث أنه حلف على فعل غيره ، ووجه عدمه قياسا على الإكراه في نفسه . والمسألتان هما إذا حلف أن لا يدخل فاقتمت به الفرس . والأخرى سئل عمن حلف لامرأته أن لا تخرج فوقعت بيته أو انهدمت الدار فخرجت فقال : يحنث . وتأولت هذه الرواية أنها لو وقعت لم يضرها ذلك فيكون قولاً .

(1) نص المسألة منقول من فتاوى البرزلي 2 : 67 - 68 .

البرزلي: إن كان الإكراه على فعل لنفسه [73 ب] فيتحصل فيه ثلاثة أقوال، ثالثها الفرق بين أن يكون على بر أو حنث وهو المشهور. وأما إكراهه على أن يفعل بالغير فقال ابن رشد: إن تعلق به حق لمخلوق فإنه لغو باتفاق، وإن تعلق به حق الله فقط فقال ابن حبيب: هو لغو أيضاً، وقال سحنون: ينفعه ذلك، كما إذا أكره على شرب الخمر أو الزنا بامرأة طائعة أو مكرهة. وأما إذا حلف للغير أن لا يفعل كذا ففَعَلَهُ مكرها فروى ابن نافع عن مالك يحنث. وعن سحنون: من قال لامرأته أنت طالق إذا دخلت هذه الدار فأكرهها غيره على دخولها لم يحنث، ولو أكرهها هو حنث. والإكراه المعتبر هو ما يحصل غلبة الظن، ابن محرز: وهو المذهب، وفي سماع عيسى لا بد من اليقين بالإكراه. ولو حلف لزوجته على عدم الخروج فخرجت قاصدة حنثه فالمشهور أنه يحنث. وحكا ابن رشد عن أشهب أنه لا يحنث معاملة لها بنقيض مقصودها، ومال إليه بعض أصحابنا لكثرت من النساء في هذا الوقت، انتهى⁽¹⁾.

وفي الإيلاء من حاشية الطرابلسي ما نصه: قوله ومن قال لرجل: امرأتي طالق إن لم تهب لي ديناراً إلى آخره. حكى ابن رشد في الحالف على نفسه أو غيره ليفعلنَ فعلاً يحمل على الفور أو على التراخي إذا لم تكن نية ولا قرينة، ثلاثة أقوال مشهورها أنه في غيره على الفور وفي نفسه على التراخي، انتهى.

الحمد لله، في الثالثة والعشرين من بيوع الحاوي: سئل المازري عمّن توفي وترك زوجة وابنتين ثم توفيت إحدى البنتين عن أختها وأمها، ثم ثبت أن له ثلاثة أرباع قرْنٍ، فسأل القاضي عن ثمنه فأعلم وعرض على من له بقية في الفرن أخذ الفضل من سوم ذلك الثمن فرضي بذلك

(1) كامل نص المسألة ورد في فتاوى البرزلي 2 : 93 - 94.

فعرض على الشريك الآخر هل يشتريه، بفاضل الثمن؟ فقال: حتى أنظر، ثم جاء وسلّم ذلك فبيع للمشتري بعد أن استظهر عليه العدول بزيادة الثمن وقبض الثمن وأنفق في الصدر، ثم جاء الذي رفع يده وزاد في الفاضل زيادة معتبرة، هل يقبل منه ذلك أم لا؟

فأجاب: إذا ثبت عند القاضي إمضاء البيع على حسب ما مرّ من مضي أيام الخيار وقبله وعرض على الشريك فلم يقبل فلا تقبل منه الزيادة اليوم لأنها زيادة في ملك استحققه مشتريه.

قلت: جرى العرف عندنا أنه لا تقبل زيادته في الثلاثة الأيام التي يبيع السلطان على خيارها خلاف ما وقع في هذا الجواب. وأما بعد الثلاثة الأيام فلا تقبل الزيادة ممن كانت إذا وقع التشهير بذلك واستُفْصِيَ حسبما تقدم في بيع القاضي على المحاجرير. وكثيراً ما يجري هذا في بيع غلات الحبس وأكرية ريع ما لم تجر عادة فيه أنه على قبول الزيادة. وإن كان فيه غبن كثير يوم البيع وجب الرجوع فيه كما تقدّم في بيع الوصي إذا حصل المسوغات ثم ثبت الغبن. أما إن كان الغبن لسوق وحدث فلا يلتفت إليه إذا كان بعد الثلاثة الأيام. وقد وقع هذا عندنا في بيع حب الزيتون وكراء المعصرة، ومنع الفسخ في بيع الزيتون متى زاد المشتري فيه، ولم يقع في المعصرة الفسخ لأن الزيادة في الزيتون طرأت بعد أن لم تكن، انتهى⁽¹⁾.

[74 أ] وفي الواحدة والعشرين قبلها: سئل السيوري عن بيع القاضي على غائب أو محجور لما أعطي فيه بعد النداء ولم يلف زيادة من غير شهادة أنه بيع مغالاة واستقصاء هل يجوز هذا البيع؟ فأجاب: إن ثبت أنه أوفّر العطاء ولم يوجد فيه إلا ما بيع به ولم تقع محاباة ولا عجلة في البيع ولا استقصاء فهو نافذ بكل حال.

(1) كامل نص المسألة منقول من فتاوى البرزلي 3 : 96 - 97.

قلت: وأعرف لابن رشد مثله في بيع ربع أو غلات في نفقة المحجور فقال: يستقصى ويبيع ولا ينظر له بلغ القيمة أولاً لأنه غاية المقدور. وكذا أعرف لابن محرز في من بيع عليه للدين ربه فإنه يضرب له أجل شهرين فإذا انقضى الأجل فإنه يبيع ولو لم يبلغ القيمة. وجهل من قال النظر إلى قيمته، انتهى⁽¹⁾.

الحمد لله، الشيخ البرزلي في ثامنة حبس حاويه: الغرناطي: تُذكر في الوثيقة تسمية المحبّس والمحبّس عليه والحبس وموضعه وتحديده والمعرفة بقدره على خلاف فيه، وتولية الحيازة لبيته إلى أن يبلغوا مبلغ القبض، وعقد الإشهاد عليه ومعرفة الشهود لملك المحبّس ما حبسه، وصغر البنين، فإن كان ساكناً فيه ضمنه بمعاينة الشهود لإخلائه عاماً كاملاً إلا أن يحبسها بكل ما فيها فلا يحتاج إلى إخلائها. وإن كان المحبّس عليه مالكا أمره ذكرت قبضه ونزوله فيه وقبوله له وضممت في الإشهاد معاينة القبض. وكذا تعقد الصدقات والهبات.

قلت: قوله في الإخلاء عاماً كاملاً في الحبس على الصغير، ظاهره ولو رجع إليه بعد العام ومات فيه. والذي أحفظه في بيان ابن رشد أن المشهور أنه إذا مات فيه بطل، وإنما حيازة عام تنفع في الرشيد خاصة على المشهور. ثم رأيت في الطرر عن ابن رشد تعقب هذا الإطلاق على أهل الوثائق وكذلك ابن الحاج قال: قاله ابن الموازي وهو صحيح. انتهى كلام البرزلي في الحاوي⁽²⁾ اعرف الورقة 84 من الطرر وفي الورقة 86 منها.

الحمد لله، في خامسة حبس مختصر النهاية ما نصه: فصل، ويجوز أن يحبس الأب على بنيه الصغار والكبار حبساً واحداً، ويقبل الكبير له

(1) نص المسألة منقول من فتاوى البرزلي 3 : 92 .
(2) نص المسألة منقول من فتاوى البرزلي 5 : 319 - 320 .

ولإخوته الصغار بتقديم الأب له على ذلك . فإن سقط ذلك من العقد ولم يقبض الكبير حتى مات الأب، فذهب ابن القاسم إلى أن جميع الحبس يبطل وكذلك الصدقة، وقال أكثر الرواة: يصح نصيب الصغار من الصدقة لأن الأب قابض لهم ولا يبطل جميع الحبس لعدم انقسامه، وبالأول القضاء وعليه العمل . ثم قال الباجي في وثائقه: وقد رأيتُ بعض الموثقين عقد أن الابن الكبير قبض لنفسه وقبِل الأب نصيب الصغار وأجاز مثل هذا، وقال غيره: لا يجوز حتى يقبض الكبير لنفسه ولإخوته الصغار . قال ابن العطار: فإن قبض الكبير لنفسه والأب للصغار بطل الحبس في رواية ابن القاسم عن مالك انتهى . اعرفه فيه وتكلم على أنه إذا قسم الأب الحبس بين الصغير والكبير حينئذ يصح أن يُجوزَ الكبير لنفسه قسمه ويحوز الأب قسم الصغار .

[74 ب] الحمد لله، وفي سابعة مختصر النهاية أيضا ما نصه: مسألة، وإن عمّر المحبّس ما حبّس على صغار بنيه بنفسه وأدخل غلته في مصالحه إلى أن توفي بطل الحبس ويرجع ميراثًا، هذا هو المشهور وبه العمل . قال ابن العطار وابن بقي: لولا إجماع الشيوخ على هذا لكان القياس أن لا يكون تعدّي الأب على الغلة نقضا للحبس لكن جرت الفتيا من عمل القضاء بفسخه ورأوا أنه كسكنى الدار ولبس الثياب التي حبّس، انتهى .

الحمد لله، في خامسة حبس مختصر النهاية لابن هارون - رحمه الله تعالى - ما نصه: مسألة، ويحوز الحبس على أن تكون حيازته بعقد الكراء أو المزارعة إن كان بياضاً أو المساقاة إن كان سوادا ويُستغنى بذلك عن معاينة الحوز بنزول المحبس عليه فيها، هذا هو المشهور وبه العمل وقاله ابن العطار وغيره . وحكى بعض الموثقين أن هذا القول

مردود عندهم وأن إشهد المحبس والمحبس عليه والمكثري أو المزارع أو المساقى على أنفسهم بذلك لا يغني عن معاينة حوزتهم .

مسألة، قال ابن العطار: وجرت الفتيا بأن التطوف على الأرض مع الشهود وتخلي المحبس عنها بالكلام إلى المحبس عليه بمحضرهم حيازة تامة وإن لم يعاين الشهود عمله ونزوله فيها .

وفي كتاب الحبس والصدقة ما معناه: إن المحبس عليه إذا لم يتمكن من عمارة الأرض أو منحتها حتى مات المحبس قبل أوان الحرث فالحبس نافذ وإن لم يحز وكذلك الهبة والصدقة . قال: فصارت المنحة عنده والهبة بالانتفاع حيازة تامة . وقال ابن الصدي: إذا تصدق على رجل بأرض لها كراء أو حرث ولم يأت إبان ذلك حتى مات المتصدق فهي حيازة، وإن أتى إبان ذلك فلم يقبله المتصدق عليه فلا صدقة له . ومعنى ذلك إذا لم يحزه بمحضر بيته، وأما إن حازه بمحضرها فلا يحتاج أن يعمل شيئاً من الوجوه المذكورة، وقد قيل: وإن حاز بمحضرهم فلا يستغنى عن الحرث أو الكراء أو الغلق بدليل قوله في المدونة: فإن لم يأت إبان ذلك حتى مات المتصدق فهي حيازة ولو لم تكن حيزت بالبينة كما جازت لأنها صدقة لم تقبض . فهذا يدل على أن المتصدق عليه لا يستغنى عن العمل إذا كان في إبان العمل وإن حاز بيته . قال: وحضرت لبعض المفتين يفتي بأن الحيازة بالبينة تغني عن العمل وإن كان في إبانها . وفي الواضحة قال مطرف في الأرض إذا حوزها ربها بمحضر البينة وحدها الشهود فذلك أقوى الشهادة . وإن حدّها في كتاب القسمة ولم يوقف الشهود عليها فذلك أيضا حوز وهو دون الأول، وإن شهد عليها مجملا دون تحديد فذلك أيضا يجزي إذا امتنع عنها وتولى المتصدق عليه . وقال أصبغ مثله ما لم يأت إبان عملها فإن أتى الإبان ولم يعمل هذا ولا هذا بطلت الصدقة، إلا أن يُعلم أنه منع منها المعطي فلا يضره حينئذ ترك العمل .

وفي كتاب الهبة من المدونة: مَنْ تصدق على رجل بأرض فإن كان لها وجه تُحاز به من كراء تُكرى أو حرث تُحرث أو غلق تُغلق، فإن أمكنه شيء من ذلك فلم يفعل حتى مات المعطي فلا شيء له، وإن كانت أرضاً قفاراً فلا تحاز بغلق ولا كراء ولا أتى لها إبان حرث أو تمنح [75 أ] أو نحوها بوجه معروف حتى مات المعطي فهي نافذة للمعطي. وحوز هذه الأشياء وإن كانت داراً حاضرة أو غائبة فلم يحزها حتى مات المعطي بطلت وإن لم يفرط لأن لها وجهاً تُحاز به. وفي الواضحة عن مالك أنه إذا لم يفرط في قبض الدار الغائبة حتى مات الواهب فالهبة صحيحة وخروجه للدار قبض لها.

فرع، فإذا قلنا إن الدار عارية وذلك ببلد آخر فوهبك ذلك فإن قولك قبلتُ حوزاً، وإن لم تقل قبلتُ حتى مات الواهب فذلك لورثته. وقال غيره: ذلك حوز لمن ذلك بيده.

ثم قال في حبس مختصر النهاية ما نصه: مسألة، ومن حبس على ابنه الصغير حبساً وحازه له فإن بلغ الابن في حياة أبيه وصحته ولم يقبض حبسه حتى مرض الأب أو مات بطل الحبس وكذلك الهبة والصدقة. قال ابن القاسم في العتبية: وكذلك إن فُقد عقل الأب قبل أن تحاز عنه الصدقة بطلت، يريد إلا أن يرجع إليه عقله أو يصح من مرضه فتصح الصدقة وتتوخد منه، فإن حوزها إياه في مرضه بطلت إلا أن يصح من مرضه فينفذ ذلك التحويز.

مسألة: وإن كان الحبس على بنيه وكبر أحدهم وبلغ وجب أن يقبض لنفسه ولإخوته بتوكيل الأب له على ذلك. فإن مات الأب بقرب بلوغ الابن وقبل تبين رشده بنحو العام من بلوغه نفذ الحبس كله. وإن بلغ وملك نفسه في مرض الأب ولم يقبض الحبس أو الصدقة فذلك

ماضٍ إلا أن تكون علة الأب متطاولة فهذا كالصحيح فللابن القبض في هذا الحال .

الحمد لله، قول الشيخ في مسائله - رحمه الله تعالى - في أول باب الصدقات من الهبات من مختصر النهاية ما نصه: الأصل في ذلك قوله⁽¹⁾ تعالى ﴿لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ﴾ الآية⁽²⁾ . وكان النبي - صلى الله عليه وسلم تسليمًا - يقبل الهبة، ووهب لابن عمر بعيرًا . وقال عليه الصلاة والسلام (لو أهدي لي كراع لقبلته) . ويستحب للإنسان أن يساوي بين ولده في الصدقة والهبة وغير ذلك، فإن أعطى بعضهم شيئًا من ماله جاز، فإذا أعطاه الكل كره له ذلك ولم تبطل . وفي الحديث أن النعمان بن بشير نحله أبوه شيئًا وأراد أن يشهد النبي - صلى الله عليه وسلم - على ذلك، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - (أكل ولدك نحلته مثل هذا؟ قال: لا، قال فأرجعه) . وفي الحديث (أحب أن يكونوا لك في البر سوءًا؟) قال مالك - رضي الله عنه - وأنا أمره برده⁽³⁾ لأنه لم يكن له مال غيره، قال غيره قال إن ذلك ليقال وقد مضى به في المدونة . وقال ابن القاسم - رحمه الله تعالى - أكره ذلك، فإن وقع وحيز فلا يرُدُّ . وذكر عن ابن القاسم: أكره ذلك مطلقًا . وقال أصبغ: اجتمع أمر الفقهاء والقضاة على أنه إذا حيز عنه جاز . قال أبو محمد: وما روي من الكراهة في ذلك إنما هو في من نحل الكل، وأما البعض فجائز . فعله أبو بكر الصديق - رضي الله عنه -، وقال به عمر وعثمان - رضي الله عنهما - . وفي العتبية والموازية: يجوز أن يتصدق

[75 ب] بماله كله في صحته⁽⁴⁾ .

(1) كلمة سقطت من الأصل .

(2) القرآن : النساء 114 .

(3) كلمتان غير مقروءتين بالأصل .

(4) بياض بمقدار تسعة أسطر بالأصل .

هذا بقية جواب لم يوجد أوله :

....لما وقع فيه من قول الابن : بدّل والدي العقد بعد قدومه من غيبته .
والثانية ، هل سكوت الأب بعد سماعه ومضيّ أيام من قدومه يُعدّ منه
رضى ويمضي بسببه النكاح أم لا؟ والثالثة : هل يلزم الأخ العاقد يمين
على إنكار التوكيل لشهادة الشاهد عليه إن عقده توكيلاً أو لا يلزمه يمين
لنفي الشاهدين الأخيرين عنه ذلك؟ ولأن النكاح فاسد لوقوفه؟ والرابعة :
هل بين الشهادتين بإثبات اعتراف الابن بالتوكيل ونفي اعترافه تعارض؟
وحاصل ما أجبْتُ به في ما سبق : فعن الأولى ، أن الحكم واحد في
فرع العاقد عن الأب المخير في ابنته البكر وفي فرع العاقد عن من ليس
بمجبّر كالأب في ابنته الثيب ، على ما رواه أصبغ عن ابن القاسم . فعليه
إذا زعم العاقد حين العقد أن أبا البكر أذن له فيه فلا يُفسخ النكاح حتى
يقدم الغائب ، فإن قدم فإما أن يصدّقه في ما زعم من الإذن وإما أن يكذّبه
فيه ولا يرضى النكاح ، وإما أن يرضاه . والنازلة من النوع الوسط ، وعليه
فليحلف الأب على تكذيب ولده في ما نَسَب إليه من الإذن ولا يلزمه ،
فإن نكل ثبت النكاح على ما قاله الشيخ أبو البقاء في فرع دعوى الزوج
إذن الأب . وعن أشهب : لا يجوز النكاح حتى يثبت أن الأب وكله على
تزويجها ، وعليه فيحلف الزوج على حقية شهادة الشاهد الأول باعتراف
الأخ بالتوكيل ويستحق عليه إظهاره ويشدد عليه حتى يظهره .

وعن الثانية ، بأنه ليس برضى ، ولو سلم فإنما يفيد في القرب دون
البعْد على ما في ذلك من عدم ثبوت التوكيل وثبوته .

وعن الثالثة ، وهي يلزم الأخ العاقد يمين على إنكاره التوكيل لشهادة
الأول باعترافه به أو لا يلزمه يمين؟ لكونه نكاحاً موقوفاً بأنه يلزمه إظهار
التوكيل بالسجن والتشديد لشهادة الشاهد الأول إذا سلم الطعن فيه .

وعن الرابعة، بأنه لا تعارض، وشهادة من أثبت أولى ممن نفى على المشهور.

هذا محصول ما سبق الجواب عنه من مسائل السؤال السابق. ومقتضى أن هذا النكاح لا يعطى حكم النكاح الموقوف إلا في بعض وجوهه، ولهذا لم أصرح في جوابي السابق بأن نكاح [76 أ] العقد عن المجرى نكاح موقوف لأنه أعم من موقوف على ما وقع في رواية أصبغ عن ابن القاسم المذكورة. وذكرت أن النكاح يثبت بنكول الأب عن اليمين على نفي توكيله ولو كان من الموقوف لما ثبت، ووجه الحلف على الزوج مع شاهد التوكيل، ويسجن الابن ويشدد عليه حتى يظهره. ولو كان يعطى حكم الموقوف إجمالاً لتوجه ذلك كله. وإنما فرغت حلف الزوج مع شاهد الاعتراف بالتوكيل ليظهره المعترف به على قول أشهب، لأنني جعلت المطلوب بذلك هو إظهار رسم التوكيل لا ثبوت النكاح لأن عقد أشهب موقوف حتى يثبت التوكيل، فكان الحلف والتشديد لإظهاره وقدّرت ذلك كله بعد أن صدرت بأصل ابن القاسم وأن النكاح عنده في بعض أنواع المسألة ليس من الموقوف فلذا لم أعطه حكم الموقوف اعتماداً مني على أصله. هذا ويتبين أصل ابن القاسم بجلب كلام ابن رشد برمته.

قال ابن رشد في النكاح الأول من البيان - رحمه الله تعالى - : إذا زوج الرجل وليته البكر أو الشيب أو ابنته الشيب أو ابنه الكبير أو أجنبياً في (1) فلا يخلو أن يزعم حين العقد أنه أذن له فيه أو يزعم أنه لم يأذن فيه أولاً يذكر شيئاً. فأما إن زعم أنه أذن له فيه فلا خلاف في أن النكاح لا يفسخ حتى يقدم الغائب، فإن قدم وصدقه في ما ادعى جاز النكاح وأن بعد، وإن أنكر وقال: لم أمره ولا أرضى حلف وإن لم

(1) بياض بمقدار كلمتين بالأصل.

يلزمه، وقيل: لا يمين عليه. وإن قال: لم أمره ولكني أَرْضَى جاز النكاح في القرب دون البُعد على المشهور. وأما إن زعم حين العقد أنه لم يأذن له فيه وأنه مُتَّاة عليه فالنكاح فاسد قَرُب أو بَعُد ولا خلاف في ذلك. وأما إن عقده ولم يذكر شيئاً فهو محمول على أنه وكيل حتى يُعلم خلاف ذلك، ولا خلاف في هذا. قال أصبغ في كتاب محمد: كذلك أحسبه قال في الرجل يزوج ابنته الرجل البكر. انتهى. محلّ الحاجة منه.

فقوله في النوع الأول من القسم الأول لا خلاف أنه لا يُفسح حتى يقدم الغائب، دليله أنه ليس له حكم الموقوف. وقوله في القسم الثالث: إذا عقد ولم يذكر شيئاً أنه محمول على أنه وكيل بلا خلاف يقتضي أيضاً أنه ليس من الموقوف، وإذا كان الحكم أن النكاح لا يفسخ ولا يكون موقوفاً في ما إذا لم يذكر العاقد وكالته وإنما سكت، ويحمل عقده مع سكوته على التوكيل فما بالك به مع ذكره كونه وكيلاً على ذلك وأن توكيله موجود عنده. وترقيق السائل في السؤال السابق بتعلقه بذكر الأخ تكميل إليه إذا قدم في جعله موقوفاً وإغفاله ذكره كونه وكيلاً ووكالته موجودة عنده. المتيطي: لكونه غير موقوف ترقيق فاسد القصد وعليه فيه درك عظيم. هذا وأن السائل هنا اشتمل سؤاله على خمس مسائل وهي المترجمة بها الاستفهامية.

فأما الجواب عن المسألة الأولى فإنه إذا ثبت دليل العادة المذكورة ونص فيه على المال وغيره وعلى أن عاداته لا تحتاج إلى إجازة من الأب لفعله فهو عامل والنكاح به للأب لازم. انتهت الزيادة المشار إليها. [76 ب] والجواب الأول هو الذي كتبه للسائل في ورقة الاستفتاء. واعرّف مع هذه المسألة الجواب الذي أشرتُ إليه وإلى سبقيته، فقد مرّ في الورقة السابعة والتسعين من هذا الجزء.

الحمد لله، نسخة رسم حكم للاستفتاء من محمد بن محمد القروي التونسي في أواخر ذي القعدة الحرام عام ثلاثة وتسعين وتسعمائة [993 هـ / أواسط نوفمبر 1585 م] بعد افتتاحه: بعد أن كان الشريف محمد ابن الشريف إبراهيم ابن الشريف محمد الحسيني العواني أعمر في قائم حياته وصحته وطوعه وجواز أمره ولده التاجر محمداً وأبا القاسم ومحمداً ولديّ ولده محمد المذكور في جميع دار سكناه الغربية المفتوح بموضع كذا من القيروان يحدثها كذا وكذا. أعمارهم فيها بحقوقها وعامة منافعها وأعقابهم وأعقاب أعقابهم الذكور دون الإناث. وجعل لهم وللعقب أن من افتقر منهم يبيع نصيبه وهم مصدقون في ذلك. واستثنى لنفسه سكنى البيت العرضي منها الغربي المفتوح مدة حياته، فإذا مات لحق بالعمري بالعقد الأول، وأن يختص بسكناه ابنته ست الأشراف حال التأيم مع من يكون لها من الولد إن لم يضرّ بذكورته وبلوغه ويخرج لها من كان به من العقب، فإن استغنت بزواج سقط حقها. ولمن كان من بنات العقب بالبكاراة أو التأيم لصفتها مالها من الاختصاص بسكنى العرضي المذكور، إذ هو أقلّ من ثلث الدار المذكورة بتقويم المقومين. فإذا انقرض ذكور العقب عادت للإناث منهم غير المتزوجات، فإن كنّ كلهن متزوجات كانت لجميعهن. فإن انقرضت إناث العقب عادت لأقرب الناس بالمحبس يوم المرجع.

وأذن لولده التاجر محمد المذكور في حوز الدار المذكورة فحاز في صحته وطوعه وجواز أمره جميعها عدا البيت المستثناة له ولولديه لصغرهما ولأخته ست الأشراف وللعقب، بمعاينة شهيد العمري فارغة من شواغل المعمرّ وعقود أكريته وبمعرفة إياهما وعلمهما صغر الولدين. وأن البيت المستثناة أقلّ من ثلث الدار المذكورة. مؤرخ بأواخر شوال عام ستين وتسعمائة [960 هـ / أوائل أكتوبر 1553 م] بشهادة الفقيهيين

محمد بن خلف الأنداري عرف سحابا ومحمد بن محمد المجردي .
وقف عليه شهيداه وسمعا ثبوته ممن يجب مشهدا به .

وتوفي الشريف محمد المعمر المذكور قرب تاريخ العمري المذكورة
فورثه ولداه التاجر محمد وست الأشراف المذكوران لا غيرهما ، وأوصى
بثلث مخلفه من ريع وغيره لحفيديه محمد وأبي القاسم المذكورين ،
حسبما ذلك بشهادة الفقيهين المذكورين ، وقف عليه شهيداه وسمعا
ثبوته ممن يجب .

ثم توفي أبو القاسم ومحمد الموصى لهما فورثهما والدهما المذكور
ووالدتهما معززة بنت المرابط محمد أبو زيان الحضرمي القديدي لا
غيرهما . وكان التاجر محمد ابن الشريف محمد المعمر المذكور وهب
ولده صغير السن محمداً جميع الأرض البيضاء بطرف أرض السراج
غربي القيروان يحدّها كذا وكذا ، مع النصف الشائع في الأرض البيضاء
بالقنطرة قرب الحريرية في شركة محمد بن عامر المناري بنصفها الباقي
يحدّها كذا وكذا مع النصف الشائع في الأرض المعروفة بسد المزوار
جوفي [77 أ] القيروان يحدّها كذا وكذا . وهب جميع ذلك لولده
محمد المذكور بحقوقه ومجاري مياهه ، هبةً تامة وحاز ذلك من نفسه
لنفسه كما يحوز الآباء لصغار أبنائهم ، بالإشهاد في الهبة في الحالة
الجائزة أوائل رجب عام خمسة وسبعين وتسعمائة [975 هـ / أوائل
جانفي 1568 م] بشهادة الفقيهين العابد ومحمد المجردي . وقف عليه
شهيداه وسمعا ثبوته ممن يجب .

ثم توفي التاجر محمد الواهب في شوال عام خمسة وسبعين وتسعمائة
[975 هـ / أبريل 1568 م] فورثه زوجه معززة المذكورة وأولاده منها
محمد وأمة الحق ولطيفة لا غيرهم في علم شهيديه ، وأوصى بثلث
متروكه من ريع وغيره ما علمه وما لم يعلمه حتى ما يبطل من حبس

وهبة لأول ولد تزايد حياً لولده محمد المذكور ذكراً أو أنثى . وجعل النظر فيه للتاجر بالطيب بن إبراهيم بو علي الهواري ما لم يبلغ ولده محمد سن البلوغ . فإذا بلغ ولم يظهر منه سفهٌ ولا تبذير فيكون النظر لهما معا بشهادة الفقيهين العابد والمجردي المذكورين . مؤرخ بأوائل رجب عام خمسة وسبعين وتسعمائة [975 هـ / أوائل جانفي 1568م] وقف عليه شهيداه وسمعا ثبوته ممن يجب . وأوصى بأولاده المذكورين بأتم وجوه الإيضاء وأعمه وأكملة والدتهم معززة المذكورة تحت إشراف بالطيب بو علي المذكور لا تقطع أمراً (1) فإن عاقها عائق من موت أو نزوح (2) فينتقل الإيضاء للتاجر بالطيب المذكور وتخرج ابنته أمة الحق رشيدة ويكون لها النظر عليه . قال : وإن بلغ ولده محمد ولم يظهر منه سفهٌ ولا تبذير فيخرج رشيداً و ينتقل إليه الإيضاء وتنظر عليه أمه ، وإن عاقها عائق فينظر عليه التاجر بالطيب المذكور حسبما ذكر بشهادة الفقيهين العابد والمجردي المذكورين . مؤرخ بتاريخ وصيته المذكورة . وقف عليه شهيداه وسمعا ثبوته ممن يجب .

وتوفيت معززة الزوجة المذكورة فورثها أولادها محمد وأمة الحق ولطيفة المذكورون لا غيرهم . ثم توفيت لطيفة المذكورة فورثها زوجها محمد التونسي عرف القروي وبناتها منه ملوكة وحفصة ، وعصبها شقيقاها محمد وأمة الحق لا غيرهم في علم شهيديه . وقام من ناب عن ست الأشراف وعن أمة الحق المذكورتين ومحمد القروي نائبا عن نفسه وعن ابنتيه ملوكة وحفصة المذكورتين لنظره لصغرهما في علم شهيديه وأدعوا بطلان العمري في الدار المذكورة لبطلان شرطها وهو الحوز ، لأن الشريف محمد المعمّر المذكور شاغل لجميعها مشحون بمتاعه وقشه . وادعى من عدا ست الأشراف بطلان هبة مورثهم المذكور جميع

(1) بياض بمقدار كلمتين بالأصل .

(2) كذا وردت الكلمة بالأصل ، وهو النزوح .

الأرض المذكورة لبطلان شرطها وهو الحوز لأنها مشغولة بزراعة الذي هو فيها من وقت الهبة إلى أن توفي ولم يطب ولم يُحصَد إلا بعد وفاته . كما أن الدار المحدودة المذكورة مشغولة بمتاع المعمر من حين العمري إلى أن توفي . ورفعوا الأمر في ذلك إلى قاضي القيروان في التاريخ وأثبتوا لديه أيضا بطلان الحوز في العمري في الدار المذكورة بشهادة الفقيهين العابد ومحمد بن خلف عرف سحابا .

فنصَّ شهادة الأول : يقول من يشهد بعد : لما توفي الشريف محمد المعمر المذكور بالقرب من تاريخ المعمر المذكور استدعاني ولده التاجر محمد المذكور للقسم والمفاصلة في متروك والده الشريف محمد المذكور مع شقيقته ست الأشراف وأدخلني البيت المحبس القبلي المفتوح من الدار المعمرّة المذكورة وأحضر لي متروكه [77 ب] من ذهب وفضة وحوائج وأسباب . وفي المجلس تابوت عود قائمي وطارمة وصندوق كبير وأظن غير ذلك . فقلت له : لمن هذا القش ؟ فقال : هو مخلف والدي ، فقلت له : هذا مبطل للحوز في العمري إذ المحبس المذكور الذي هو معظم الدار مشغول بقش أبيك . فمن عاين ما ذكر حيث ذكر وأعلم أنها بالبيت المذكورة قبل العمري وفي حينها وبعدها حتى توفي الشريف المعمر المذكور . وسمع من ولده التاجر محمد المذكور إقراره بما ذكر واعترافه به أنه من متروك أبيه وهو بحال صحة وطوع وجواز أمر وعرفه من قيّد به شهادته لطالبها .

ونص شهادة الفقيه محمد خلف سحابا بعد افتتاحها : في علم من يشهد بعد أن الشريف محمد المعمر المذكور يتصرف في الدار المذكورة بأنواع التصرفات بعد عقد العمري بمدة تقرب من خمسة عشر يوما ولم يرفع يده عن التصرف فيها إلى أن توفي . فمن علم ذلك قيّد به شهادته بتاريخ كذا . وقف على ذلك شهيداه وسمعا بثبوتهم يجب . واسترعاء

من ناب عن أمة الحق ومحمد القروي ببطلان حوز الأرض المذكورة
بشهادة الفقيهين عبد الجليل بن عظوم ومحمد بن أبي الطيب الأبى ونصها:

يعرف شهوده الشريف محمد الواهب المذكور معرفة تامة ويشهدون
مع ذلك بأنه توفي في أوائل شوال عام خمسة وسبعين وتسعمائة [975
هـ / أواخر مارس 1568م] هو العام المؤرخ به في الهبة . وأن المحيط
بميراثه زوجه أمة العزيز معززة القديدية وأولاده منها محمد وأمة الحق
ولطفة لا غيرهم . وأن جميع الأرض المحدودة المذكورة الموهوبة
لولده محمد المذكور مشغول جميعها في تاريخ الهبة المذكورة بزرع
الواهب المذكور . وتوفي والأمر على ذلك من شغلها بالزرع المذكور
فلم يطب ولم يحضر إبان حصاده حتى توفي كيف ذكر ، بحيث إنها
مشغولة لواهبها المذكور بالزرع المذكور في تاريخ الهبة حتى مات ولا
حُصد زرعها إلا بعد وفاته بمدة فلم تتم الحيازة فيها . وأن ولدها محمد
الموهوب له المذكور إذ ذاك بحال صغر جداً عن سنّ البلوغ وأبوه هو
الحائز له كما ذكر في عقد الهبة . وعليه قيّد شهادته مسؤولةً منه بتاريخ
أواخر شهر ربيع الآخر عام واحد وثمانين وتسعمائة [981 هـ / أواخر
أوت 1573 م .]

ونص شهادة محمد الأبى : وبجميعه شهدوا بأن وفاة التاجر محمد
الواهب المذكور خلال أواخر عام خمسة وسبعين وتسعمائة [975هـ /
1568 م] المذكور فيه وقف على ذلك كله شهيداه . وظهر للشيخ القاضي
بطلان العمرى المذكورة في الدار وبطلان الهبة في الأرضين لبطلان
شرطها وهو الحوز . وقدم ابن محفوظ الغرابلي في حق محمد المحجور
الموهوب له المذكور وفي حق العقب والمرجع لما يقوله ويدلي به مما
يدفع به بطلان الحوز المذكور . كما وكّله بالطيب بن علي⁽¹⁾ في حق

(1) كذا بالأصل ، وكان الشخص قد ذكر أعلاه باسم بوعلي .

محمد المحجور المذكور وأجله أجلا شرعياً فلم يجد في ذلك حجة ولا مقالاً حسبما التقديم والتوكيل والأجل بشهادة شهيديه . وبعد أن كان ذلك كذلك سأل القاضي القارئ عبد الواحد ابن القارئ المرحوم عبد القادر بن توفيق الحنضلي وهو زوج ست الأشراف ووكيلها توكيلاً تاماً يقتضي ما فعل ، بشهادة شهيديه ، ومحمد بن عمر اللبني هو زوج أمة الحق ووكيلها توكيلاً تاماً ، بشهادة شهيديه ، ومحمد القروي في حقه وحق ابنتيه المذكورتين صغيرتي السن في حجّره في علم شهيديه . سأله ثلاثتهم النظر لهم بواجب الشرع والفصل في أمرهم . فسأل عند ذلك محمد محفوظ المقدم المذكور : ألك حجة أو مقال تدلي به في ما شهد به من . ذكر [78 أ] من بطلان حوز العمري والهبة ؟ فقال : لا ، فعند ذلك استخار الله تعالى واستهداه ، وسأله اللطف في ما قلده وأولاه ، وحكم ببطلان العمري في الدار المذكورة وببطلان الهبة في الأرض المذكورة لبطلان شرط صحتها وهو الحوز . وأبقى الحجة لمحمد وللعقب في العمري المذكورة إذ هي معقبة جارية مجرى الأحباس ، والأحباس لا تعجيز فيها ، حكماً صرح به وأعلنه وبين سبيله وأحكمه . وبسبب ذلك صارت الدار المذكورة مورثة عن ربها الشريف محمد المعمّر المذكور ، كما صارت الأرض مورثة عن ولده التاجر محمد الواهب المذكور . وشهد على إشهداه بل عنه فيه وهو بحال كمال وعلى جميع من عداه ممن ذكروهم بحال صحة وطوع وجواز أمر . وعرفه أواخر صفر الخير عام اثنين وثمانين وتسعمائة [982 هـ / أواسط جوان 1574 م] وتقرر التعريف بمن لم يُعرف منهم .

السؤال بعد افتتاحه : جوابكم بعد تأملكم نسخة الحكم المسطورة أعلاه ، وقد نصّ في آخره على أن العمري المذكورة لا تعجيز فيها كالأحباس لأنها معقبة وذلك بخلاف الهبة المذكورة . وقد نفذ الحكم

المذكور من القاضي المشار إليه فيه ببطلان العمرى في الدار الواقعة من الشريف محمد وببطلان الهبة في الأرضين الواقعة من ولده التاجر محمد أيضا. فأما العمرى فاستند في بطلانها إلى شهادة الأول بشغل المعمر لمعظمها من قبل عقده حتى توفي، وإلى شهادة الثاني بشغله لجمعها حتى توفي.

وأما الهبة فإنه استند في بطلانها إلى البينة بأنها مشغولة، بزرع الواهب من قبل عقد الهبة وإلى موته، وزرعه قائم لم يحصد حسبما هو مفسر في رسم الحكم المنسوخ أعلاه. وكان محمد المقوم في حقه أطلقه من الحجر وصيه ومشرفه لمدة تقرب من ثمانية أعوام فارطة. اشترى بعد ترشيده المذكور من محمد القروي نصيبه ونصيب ابنتيه بالإرث المنجر إلى ثلاثتهم في الأرض المذكورة وبقي على ملكه بالشراء المذكور المدة كلها إلى أن باع هو بعضها بنفسه من أجنبي بحق الرشد المذكور. وكان أيضا اشترى له وصيه ومشرفه قبل ترشيده نصيب النفر الثلاثة محمد القروي وابنتيه المذكورين بالإرث المنجر في الدار المذكورة وبقي على ملكه إلى أن رشده وإلى الآن مدة تزيد على عشرة أعوام، منها بعد رشده ثمانية أعوام.

ثم قام الآن محمد المرشد المذكور على محمد القروي المذكور وادعى أن التابوت العود القائي والطارمة التي بمجلس الدار من منافع الدار وملحقة بها، وأن والده الواهب له الأرضين المذكورين ألحق الزرع الذي له في الأرضين في حكم الهبة. وزعم أن عنده بيّنة في المطالبين. ودعا إلى فسخ شرائه لنصيب الدار والأرضين، وأن الدار ترجع إلى العمرى وأن الأرضين ترجع إلى الهبة المذكورة بسبب ذلك. وأجابه محمد القروي المقوم عليه المذكور عن الدار بأن العود التابوت والطارمة غير مسمّرين وإنما قائمتان للزينة وللاتنفاع بجوف التابوت بما

يوضع فيه . وبأن العادة ببلدهم أنها غير داخلة في حكم الدار لا في بيع ولا في غيره، حتى أنه إذا بيعت الدار لا يدخل فيها العود المذكور إلا بشرط، ولو سلم ما قاله القائم في العود فبطلان العمرى إنما جاء من قبَل التصرف والشواغل كلها كما هو في شهادة الشاهدين به المضمنة في رسم الحكم [78 ب] المذكور أعلاه لا من قبَل العود وحده، وعن الأراضي الموهوبة بأن قيام محمد القائم المذكور . فهذه البيعة التي زعم أنها عنده بإلحاق الزرع إنما قام بها الآن بعد الحكم المستند لمضي الأجل ومضى عليه نحو ثمانية أعوام بعد رشده، وذلك لم يُبطل بينته المذكورة مع خلو العمرى والهبة عن القبول . فهل تنهض حجة محمد القائم أو حجة محمد القروي المقوم عليه ذلك؟ هل يكون عدم القبول مُخلاً أم لا؟ والسلام .

فأجبتُ عنه بما نصه بعد الافتتاح : تأملتُ نسخة الحكم المسطورة أعلاه وما اشتمل عليه السؤال تحتها . وإذا كان الأمر كما ذُكر وثبت رسم الحكم المذكور بموجب الثبوت فحجة محمد القروي المقوم عليه هي الناهضة ولا يسمع ما أدلى به محمد القائم بوجه وبيان ذلك أن نقول : أما البيعة المعمر لجميع السكنى المعمرة لمعظمها⁽¹⁾ إلى موته فمبطلة لعدم تعميمه إياها لاختلال شرط صحة العمرى إما بشهادة من شهد بشغله لجميعها فواضح، وإما بشهادة من شهد بشغله لمعظمها، فعلى قول ابن القاسم - رحمة الله تعالى عليه - في المدونة من إلحاق الأقل الخلي عن شغله بالجل المشغول في البطلان بخلاف العكس . وعليه اقتصر الشيخ أبو البقاء - رحمه الله تعالى - وغيره . فبينة محمد القائم في العود المذكور لا تصح للمعارضة لكونه جزئياً والشغل بالحلي والقش وأنواع التصرف الذي تضمنه الحكم أعم من ذلك، وهذا كافٍ

(1) كذا وردت الجملة مضطربة بالأصل .

في بطلان العمري ولو أهمل حكم العود مصححاً أو مفسداً. فإن اعتبر ما ذكره محمد المقوم عليه من كون العود غير مُسمّى فلا يشملُه عقد العمري على فتوى الشيخ ابن عتاب وبجري العادة بما ذكره فقد تأكد شغل المعمّر لعمراه ويكون ذلك زيادة أثر في بطلانها وهذا بين. وأما شغل الأراضي الموهوبة بزرع الواهب وأثر ذلك في بطلان الهبة فيها كأثر بينة شغل الدار المعمّرة في بطلان عمرها، لأن بينة شغل الأراضي الموهوبة بزرع واهبها أثبتت الشغل المذكور وهو مبطل للحوز أي مانع من الحوز.

لا يقال: لعلّ مسألة الهبة وشغل الأب لها بالزرع يجري على أصل ابن زرقون وفتوى بعض الشيوخ من المتأخرين متعباً به على أصحاب الوثائق القائلين بالبطلان، لأننا نقول: هذا الإجراء ظاهر لو لا حكم الحاكم الواقع في النازلة أعلاه، فإنه رفع هذا الإجراء وصير القول بالبطلان كالمجمع عليه لأن حكم الحاكم بخلافه، كما لا يحل لمفتّ الفتوى بخلافه إلا في مسائل ليس هذا منها. ولا يقال: لعلّ البينة بإلحاق الواهب للزرع بالأراضي الموهوبة في حكمها يرفع أثر بطلان الهبة، فتصح الهبة فيها وترجع إلى الموهوب له بزرعها الملحق، لأننا نقول: هذا الفرع ينظر إلى أصل وهو استظهار المحكوم عليه الحاضر ببينة أو بحجة بعد الحكم عليه. وظاهر كلام القاضي ابن رشد - رحمه الله تعالى - الاتفاق على عدم قبول البينة المحكوم عليها إذا حكم عليه بعد مضي الآجال والإعذار، هل كذا صوابه؟ لأنه كذلك في نص ابن ناجي في 18 من أفضية كبيره. بخلاف ما لو لم يكن [79 أ] إعذار وهو يذكر حجة وبينة. (1) ولم يصدر منه جواب الإعذار بقوله لا. واعرّف قعدة عام 998 [هـ / سبتمبر 1590 م] وأما إذا لم

(1) بياض بمقدار كلمتين بالأصل.

يعذر إليه ولم يقل: لا حجة لي، ولم يزل يذكر بينة..... (1) فتقبل حسبما هو في 33 و في 69 من التبصرة.

واعرف الثمانية من هذا الجزء وما في 64 من الجزء الأول. وبه صدر الشيخ أبو البقاء - رحمه الله تعالى - بقوله: ثم لا حجة لمحكوم عليه، وكذا إن أقرّ بالعجز على المشهور. وكلام ابن رشد من نقل الشيخ ابن ناجي بعد أن ذكر ثلاثة أقوال في قيام المحكوم عليه بينة بعد الحكم عليه، ثالثها قُبِلَ من الطالب دون المطلوب. قال: وهذا الخلاف إنما هو إذا حكم عليه بإقراره على نفسه بالعجز، أما إذا حكم عليه بعد الأجال والإعذار فلا يقبل منه ما يأتي بعد ذلك من حجة.

الشيخ ابن ناجي - رحمه الله تعالى - : كان شيخنا البرزلي لا يعجبه ما يعطيه ظاهر كلام ابن رشد: إذا عجز بعد التلوم والأجال لا قيام له باتفاق ويقول: إن ظاهر كلام اللخمي أنّ فيه الخلاف أيضا. وكان شيخنا أبو مهدي عيسى الغبريني يعجبه كلام ابن رشد جدا ويقول: لو لم يكن كذلك لكان تلاعباً بتأجيل القاضي وتصرفه وبما ذكره. أقول انتهى.

وقوله في آخر رسم الحكم: وإبقاء الحجة لمحمد والعقب في العمري مفهومه أنه في الهبة رفع الحجة لهما فلم يبقها لهما، وهذا هو معنى التعجيز بعد قوله في الحكم أيضا إنه أجّل المقدم أجلاً شرعياً فلم يجد في ذلك حجة ولا مقالا. وفي المدونة: وإذا أدلى الخصمان بحجتهما وفهم القاضي عنهما وأراد أن يحكم بينهما فوجه الحكم في القضاء أن يقول لهما: أَبْقِيَتْ لكما حجة؟ فإن قال: لا، حكم بينهما ثم لا يقبل منه حجة بعد إنفاذه. قال القاضي في أول القسم الخامس من الركن السادس من تبصرته: يعني بعد إنفاذ القاضي القضاء، انتهى. لا يقال:

(1) بياض بمقدار كلمتين بالأصل.

هلا تُقبل البينة بإلحاق الزرع المذكور من المرشد القائم بها عملاً بأحد القولين المشار إليهما في قول البرزلي: ظاهر كلام اللخمي أن فيه الخلاف أيضاً، كما أنه في تنزيل مقدم القاضي منزلة الوصي مطلقاً خلاف أيضاً، لأننا نقول: وقوع الحكم المذكور في النازلة رفع الخلاف. وفي مقدم القاضي قولان مشهوران أحدهما أنه كالوصي في جميع أموره، ثانيهما أنه أضعف منه حكماً.

ونص المدونة في ستورها أنه بمنزلة الوصي في جميع أموره. وفي أحكام ابن بطال: الذي به العمل أن تعجيز الوصي تعجيز للمحجور، وبه أفتى بعض المتأخرين. فعلى أنه كالوصي مطلقاً لا إشكال، وعلى أنه أضعف منه حكماً فوق وقوع الحكم عليه رفع الخلاف وقطعه في هذه النازلة العينية، ومُضيّ المدة المذكورة في السؤال هو رشد محمد القائم قرينة تقويّ عدم قبول قيامه بهذه البينة لطولها. ويجري سكوته مع طول المدة المذكورة مجرى إمضاء البيع لما باعه منه محمد القروي المقوم عليه من الأراضي بعد رشده. وكذا ما باعه وصيه له من نصيب الدار، أو لأن ذلك بوجه شبهه كمن بيع عليه ملكه عالمًا ساكتًا، بل هذا أحرى لأنه صحبه فعل هو مباشرة الابتاع بنفسه، فهو أخص من ابتاع غيره ملكه بحضوره، بخلاف ما لم يكن شبهه كبيع أخ عن [79 ب] أخيه في دين على أبيهما وقريب عن قريبه دلالة، فقيل: إن له من المدة أكثر من ذلك ثم إن كانت بينة إلحاق الزرع حاضرة البلد ولم يخبروه بما عندهم من الشهادة دخلها مسقط آخر لبطانها. فإن أخبروه فلم يقم فأحرى وإليك النظر في ذلك.

وفرع سكوت المودع بعد زوال تعينه واختيار ابن سهل انقطاع حجته بمضيّ العامين والثلاثة وشبههم الطرر والقاضي البرهان إياه يستروح به هاهنا. وكذلك قول القاضي البرهان في الباب 34 من التبصرة: قيام

المحكوم عليه بيينة بعد الحكم وتعجيزه وزعم أنه لم يعلم بها وأنه يحلف على ذلك . إن الذي به العمل أنه لا يُقضى له بها، وقيل : يقضى له بها ليستروح به أيضا . هذا وأن عقديّ العمرى والهبة المذكورتين قد خلكيا عن القبول، وقد صرح بعض الشيوخ المتأخرين بأن القبول يجري مجرى الركن، والحيازة تجري مجرى الشرط. فإذا كان الموت السابق للحيازة مبطلاً فأحرى الموت السابق للقبول، انتهى . فهذا وجه مبطل للعقدين المذكورين وهو لا يمكن تلافيه بوجه يوجب نهوض حجة محمد القروي المقوم عليه ودحض حجة محمد القائم. وقد قررنا ذلك بما لا مزيد عليه . وتحصل من ذلك أعمال رسم الحكم وعدم القيام فيه بما أدلى به محمد القائم . والله يقول الحق وهو يهدي السبيل، وهو سبحانه وتعالى أعلم، وبه التوفيق .

قولنا: شغل المعمر لدار السكنى الخ، لأن دار السكنى وما يلبسه من الثياب والمثليات من المكيل الموزون والمعدود مخالف لغيرها، فلا بد من حوزها على يد غير الأب لولده الصغير . وإذا كان هذا حق الصغير الذي هو القابض له فالكبير أحرى لأنه قابض لنفسه، فعدم تمكنه من القبض لنفسه أحرى بالخلل في ذلك . يدل على هذا قول ابن عرفة - رحمه الله تعالى - في قول ابن الحاج - رحمه الله تعالى - : وشرط استقرار الهبة لا لزومها الحوز كالصدقة، إلا في صدقة أب على صغير . وعلى ذلك علماء المدونة . ونص ابن عرفة : تركه هذا الاستثناء خير من ذكره لاقتضائه العموم في كل عطية من عين أو مثلي أو مسكن، وإيهام قصره على الصدقة وعلى الصغير دون السفه، وعلى الأب دون الوصي والقاضي ومقدمه فيوقع الناظر فيه في خطأ فاحش، انتهى . وإليها أشار في هبة المختصر بقوله : ولا إن بقيت عنده إلا لمحجوره إلا ما لا يعرف ولا طبع عليه ودار سكناه . وقد صرح في أولى حبس مختصر

النهاية وثانيته بأن ما يلبسه الأب من الثياب في البطلان ببقائه عنده بمنزلة دار سكناه فشرطه إخلاؤها وانتقاله عنها. ويعاينها الشهود خالية ويخلع الثياب ولا يلبسها. وعزاه لمذهب مالك - رحمة الله تعالى عليه .

اعرف الحاشية على الشامل في قول هبته : كوليّ صغير، وانظر فرع رجوع المعطي سكنى ما أعطاه لولده الصغير بعد حوزة عاما أو عامين، فصرّح في ثلاثة حبس مختصر النهاية بصحته ونفوذه ولو بات فيه، على مذهب ابن القاسم وعبد الملك وهو المشهور وبه العمل . وصرّح ابن رشد ببطلانه بذلك وهو قول ابن المواز قائلًا : وإنما تنفع حيازة العام في الرشيد خاصة [80 أ] الذي يحوز لنفسه وفي علم الموثقين، وكذا ابن الحاج قائلًا : من ابن المواز وهو الصحيح . وفي هبة الشامل : فإن رجع إليها فسكنها أو سكن أكثرها بطلت لا إن سكن أقلها وأكرى له أكثرها . واعرف الثامنة والستين من تذكرة الغافل .

وقولنا : فعلى قول ابن القاسم في المدونة الخ، هو في آخر رهونها . وتكلم عليها ابن ناجي في الثامنة والعشرين من رهون كبيره والبرزلي في الرابعة والعشرين من بيع حاويه والشيخ أبو البقاء في هبة شامله . واعرف أواخر هبة البرنامج، واعرف ما وقع في أولى حبس مختصر النهاية وفي ثانية في دار السكنى إن شرطها إخلاؤها وانتقاله عنها ويعاينها الشهود خالية، وعزاه لمذهب مالك - رحمه الله تعالى - . واعرف الورقة الرابعة والستين ومائة من الجزء الثاني من الأجوبة قبل هذا الجزء⁽¹⁾ .

وقولنا : في شهادة من شهد بشغله وتصرفه في جميع الدار، وشهادة من شهد بشغله لمعظمها بحليّه وهو المحبّس، حيث أعملنا الشهادتين لا تعارض بين شهادتيهما بل هما متفتقتان، لأن شهادة الأول وهو الفقيه

(1) في هذا النص ما يدلّ على أن هذا الجزء هو الجزء الثالث من الكتاب وهو ما يؤكد صحة ما ذهبنا إليه. ورجحناه في ترتيب الأجزاء التي لم تذكر فيها أرقامها .

العابد وقعت لبعض ما شهد به الثاني وهو محمد خلف سحابا. لأن محصول شهادة الأول هو الشغل لمعظم الدار وبنوع معين من أنواع الشواغل وهو الحلبي والقش، وشهادة الثاني بذلك وزيادة من قوله: يتصرف في جميع الدار بأنواع التصرفات، فقد شهد الثاني بعموم الشغل وفي جميع الدار. والقاعدة أنه لا تناقض ولا اختلاف بين القضيتين الموجبتين بالجزئية والكلية لاتحادهما في الكيف وهو الإيجاب. كقولنا الحيوان متحرك بالإرادة، والإنسان متحرك بالإرادة. وقد قال في آخر الأيمان بالطلاق منها: إن شهد عليه أحدهما بالبينه. والآخر بقوله: أنت عليّ حرام أو بالثلاث لزمه الثلاث، وكذلك واحد بخليّة وآخر ببريّه أو بائن، وإذا اختلف اللفظ وكان المعنى واحداً كانت شهادة واحدة، انتهى يعني لا تناقض فيها.

ابن ناجي - رحمه الله تعالى - : هذا هو الوجه الأول الذي قال فيه ابن رشد: تُلَقِّق فيه الشهادة باتفاق، وهو ما إذا اختلف اللفظ واتفق المعنى. ومتعلق الشهادتين في النازلة قوله: على هذا. فهي كمن شهد له شاهد بمائة وآخر بخمسين فله أخذ المائة بيمينه لأجل انفراد شاهد المائة في الخمسين الأخرى. وفي السابعة عشرة من طلاق الحاوي إثر جواب لابن أبي الدنيا في شاهد بالثلاث ليقضين فلاناً حقه إلى كذا، وآخر بالأيمان اللازمة على ذلك، فإنها لا تُلَقِّق.

البرزلي: كان يتقدّم لنا إذا شهد أحدهما بالحلال عليه حرام والآخر بالأيمان اللازمة أنها تُلَقِّق. وكان الجاري على هذا أن تُلَقِّق شهادة نازلة ابن أبي الدنيا، إذ لا اختلاف فيها إلا من جهة اللفظ أو من جهة العموم والخصوص، وهذا لا يقدر في الضم، انتهى.

قلت: والنازلة فيها اختلاف بالعموم والخصوص، فيكون على هذا لا يقدر في ضم شهادة الفقيه العابد بخصوص التصرف بنوع أو في

بعض الدار وهو المعظم، إلى شهادة الفقيه محمد خلف بعموم التصرف، وعمومه في جميع الدار. والله تعالى أعلم. هذا إن قلنا إن هذه النازلة من باب الأقوال، فاختلفت بالخصوص والعموم لا يمنع من ضم الشهادتين [80 ب] كما مرّ، والظاهر أنهما من باب الأفعال، لأن التصرف المشهود به في كلا الشهادتين فعل، وعليه يتنزّل ما وقع في آخر الباب السابع والثلاثين من تبصرة ابن فرحون.

فرع: وتُلَقَّقُ الأفعال إذا كانت من جنس واحد وإن اختلفت أزمنتها، كالشهادة على الحلف بمكة في شهر رمضان أن لا يدخل دار عمرو بن العاص، وشهادة آخر أنه قال ذلك في ذي الحجة. وشهد عليه هما أو غيرهما أنه دخلها بعد ذي الحجة طُلِّقَتْ عليه. وكذا إن شهدا عليه معاً في مجلس واحد أنه قال: إن دخلت دار عمرو بن العاص فامرأتي طالق، وشهد أحدهما عليه أنه دخلها في رمضان وشهد الآخر أنه دخلها في ذي الحجة، فقد تعلقت الشهادتان بفعل، فقال تُلَقَّقُ الشهادتان وغياب اختلاف أزمنتها، فمفهومه لو اتحدت أزمنتها أحرى أن تُلَقَّقَ لأنه إذا كان الاختلاف في الزمان لا يؤثر اختلاف في المشهود به فأحرى إذا لم يكن بينهما اختلاف فيه وإنما اتفقتا فيه، والشهادتان في النازلة على فعل هو الشغل والتصرف، فاعرف ذلك.

وقولنا: بينة القائم في الشغل بخصوص العود وأنه⁽¹⁾ بالعمري العود تعارض بينة الشغل بعموم التصرف والشغل التي تضمنها الحكم. هذا لأنه لا يلزم من نفي الأخص - وهو الشغل بالعود - نفي الأعم - وهو الشغل بأنواع التصرف والحلي والقش - فإن بطل الأخص - وهو الشغل بالعود - فلا يلزم منه بطلان الأعم - وهو الشغل بالحلي والقش وسائر أنواع التصرف وهذا ظاهر. وفتوى الشيخ ابن عتاب عليها درج في

(1) كلمة محوطة من الأصل.

فصل الاندراج من الشامل في بيوعه، وحكى مقابله بقبيل، مُصدِّراً بالأول.

وقولنا: تجري على قول ابن زرقون الخ، الأيراد هو قول ابن زرقون: ظاهر المذهب صحة هبة الأب لابنه ما له غلة، ولا يوهنها اشتغاله استتفاقه غلة ذلك وكتب عقودها باسمه. وبهذا أفتى الشيخ أبو مهدي عيسى الغبريني قائلاً: وبه أفتى الشيخ ابن عرفة قائلاً: وبه العمل، وعلل ذلك بأن الملك تقرر للابن بعقد الهبة الذي هو الإيجاب والقبول. فتعدّي الأب بعد ذلك لا يرفع ملك من نشأت عنه. وقال أصحاب الوثائق - المتيطي وغيره-: إن ما له غلة بمنزلة دار السكنى لا تصح هبته إلا إذا رفع الأب يده عن غلته، فإذا اغتله فقد بطلت الهبة، وبه العمل عندهم. قال الشيخ أبو مهدي في فتياه المذكورة: وما ذكره الموثقون من البطلان لا عمل عليه، وإنما العمل على قول ابن زرقون، ظاهر المذهب الصحة. اعرف المسألة في عاشره هبة كبير ابن ناجي.

واعرف الموفاة تسعين من الجزء الثاني قبل هذا، ووقف برنامج الشوارد، وقول ما هو وثيقة الزرع وأبوه هو الحائز له فيه إيماءً إلى مذهب الموثقين: وأن زرع الأب واستغلاله لا يوهن الهبة لأنها ذات غلة لا ذات سكنى، وهذه العبارة دسّة منه، لكنني تمسكتُ بحكم الحاكم - كما ذكرنا في فروع الحكم - صادف قول الموثقين وبه عملهم، فرفع الخلاف دسته محلاً⁽¹⁾ إلا أنه لو لم يقيم حكم من حاكم فتدبره. وإنما لم تجر المسألة النازلة على ما ذكرناه من أصل ابن زرقون لأجل اقترانها بحكم الحاكم، فلما حكم الحاكم فيها بالبطلان صادف بحكمه قولاً في مسائل الخلاف وهو قول الموثقين. وجوابه: عملهم وقع لهذا القول احترام لحكم الحاكم، وصار حكم الحاكم رافعاً للخلاف في

(1) كذا وردت الجملة بالأصل.

هذه النازلة العينية لا في نظائرها إن تجردت [81 أ] فإذا تجردت نظائرها فللحاكم الأول أو غيره أن يحكموا بقول ابن زرقون المقابل لما حكم به الحاكم في هذه النازلة، ولا خير في ذلك الوجه. قال في الشامل: ولم يتعدّ لمماثل. اعرفه في أقضية شامله وفي تبصرة ابن فرحون وفي الأحكام للقرافي. وهذا معنى قولنا في جواب الإيراد: وهذا الإجراء ظاهر لولا حكم الحاكم الواقع في النازلة، أعني الإجراء على أصل ابن زرقون وفتوى الشيخ الغبريني، فاعرف ذلك.

وقولنا: يرفع الخلاف على المشهور. ولا يقال: هذا ينافي ما تأصل في آخر رسم الحكم أنه لم يعجز محمداً المقوم عليه فمقتضاه أنه لا يعجز أن تسمع حجته بعد وقوع الحكم عليه، ولا يكون وقوع الحكم عليه مانعاً من قيامه بعده بحجة يدلي بها، لأننا نقول: الجواب عن ذلك ظاهر هو أن قبول قيامه وسماع حجته إذا كانت حجة شرعية جارية على النقول ولم يعجز وصيه - إن كان ذا وصي - ولا مقدمه - إن كان ذا مقدم - كما في النازلة. فإن عجز وصيه أو مقدمه عجز بتعجيزه، فتعجيزه تعجيز له على ما به العمل عند ابن بطلال. وإنما لا يعجز في ما لا يعجز فيه للمالك أمر نفسه كما في الأحباس والعمرى المعقبة. وعدم التعجيز الذي تأصل في رسم الحكم إنما هو في العمرى لكونها معقبة لا في الهبة. وبحثنا هذا في رفع حكم الحاكم للخلاف إنما هو في شغل الأب بالزرع هو في الهبة لا في العمرى.

وحاصله في الهبة وضع الحكم والتعجيز، وفي العمرى وضع الحكم دون التعجيز، لكن البيئة التي قام بها في العمرى غير جارية على النقول ولا على الصحة، وهي بيئة العود، إذا لم تعارض بيئة الشغل العام كما قررناه. ولا يقال كيف يكون تعجيزه في الهبة والحكم وقع على المقدم؟ لأننا نقول: في المقدم قولان، قيل: كالوصي في جميع أموره، وهو

نص ستور المدونة وشهره المازري، وقيل: ليس كهو وشهره ابن رشد. وأشار إلى التشهيرين في حجر المختصر بقوله: وفي مقدم القاضي خلاف، فعلى الأول لا إشكال، ونص ابن بطال في أحكامه على أن تعجيز الوصي تعجيز للمحجور، وبه أفتى الشيخ أبو عبد الله محمد الرصاع. وعلى ثاني سكوت المرشد ثمانية أعوام بعد رشده قطعت قيامه ولزمه حكم التعجيز، كسكوت المودع بعد زوال تقيته أربعة أعوام ونصف، على ما سيأتي قريباً وأشرنا إليه في أصل الجواب.

وقولنا: وبه صدر الشيخ أبو البقاء - هو بهرام - كناه بذلك الشيخ ابن غازي في ديباجة شفاء الغليل، في حل مقفل خليل، وذكره بهرام في الثالثة أفضية شامله، وكرره في التنازع في الزوجة. وذكره ابن ناجي في الثامنة عشرة من أفضية كبيره، واعرّف البرزلي في السابعة والثلاثين من أفضية حاويه، واعرّف الخامسة والثلاثين من الجزء الأول من هذا الكتاب، وما في 64.

وقولنا: فهذه البينة، أعني إلحاق بينة الرزق بالأرض الموهوبة، وإنما لم نجعل بينة شغل الدار المعمرة كهذه البينة في قصر المدة لأن العمرى لا يُعجَز فيها كما مرّ، فلا يضرّ طول المدة ولو طالّت، بل وترجى الحجة حتى للأعقاب. فلذا إنما أبطلت قبول بينة الدار في إلحاق العود بها في التعمير بغير هذا الوجه - أي وجه الطول بعد الترشيح والحكم [81 ب] وذلك لعلّة عدم التعجيز فيها. وقولنا: لطولها، أي لطول هذه المدة وهي الثمانية أعوام بعد رشده كسكوت التّقيّة أربعة أعوام ونصف بعد زوالها، على ما اختاره ابن سهل في مسألة التّقيّة وسلّمه صاحب الطّرر في ترجمة استرعاء في ترك القيام من جهة التّقيّة في الورقة 103 منها، ونقله عنه القاضي البرهان في الباب الخامس والثلاثين في القضاء بشهادة الاسترعاء. فسكوت هذا المرشد

وعدم قيامه بقرب ذلك حتى مضت الثمانية أعوام المذكورة في السؤال بعد رشده يُعَدَّ رَضَى بما فعل في حقه، لأنه فعل بوجه جائز. يدل عليه ما وقع في ترجمة بيع الوصي على اليتيم داره إذا وَهَتْ أو خُشِي تَهدمها.

ونقله البرزلي في التاسع والعشرين من بيوعه ونص ذلك: للصغير والسفيه القيام في ما باع عليهما أخوهما الكبير في دَيْن على أبيهم إذا لم توجد بينة بأصل الدين المذكور وقت قيامهما ولو رضيا يوم البيع، لأن رضاهما في حالتهما المذكورة كلا رَضَى، ويتبع المشتري البائع بالثمن لتعديهِ في بيع ما ليس له، إذ لا يجوز لأحد أن يبيع على صغير إلا أب أو وصي أو حاكم، ولا يقطع قيامهما إلا مضي عشرة أعوام بعد البلوغ والرشد ولو علما بالبيع، لأن هذا من وجه الاستحقاق والحيازة، وليس من وجه الرضى بالبيع وانقطاع الحجة بالعلم، إذ لم يقم بقرب بلوغه حتى يكون كمن يبيع عليه ما له وهو ساكت عالم بالغ. بهذا كان يفتي ابن لبابة ويحتج برواية يحيى عن ابن القاسم في الأخ يبيع على إخوته المنزل دلالة عليهم أو تعديا. (1) بكرة أو متزوجة، قال: لا قيام لهم بعد العشر سنين حتى ولو قال: لم أعلم أن لي القيام، ولا يعذر أحد في هذا بجهالة، وقاله غيره، انتهى.

قلت: فقد جعل البيع بلا وجه بشبهة كبيع الأخ في الدين في المسألة الأولى، وكبيع الأخ بالدلالية في المسألة المستدل بها. فاقتضى ذلك أن البيع بوجه شبهة لا يعطى ذلك الحكم وهي العشرة الأعوام. والنازلة فيها وجه الشبهة وهي الاستناد لحكم القاضي فهو مقتضى للإذن في القدوم على ذلك الفعل الذي فعل. وقوله: ولا يعذر أحد في هذا بجهالة، يحتمل عود الإشارة إلى بيع ملك الغير، فلعدم العذر بالجهالة فيه جعل للمبيع ملكه مدة العشرة الأعوام، ويحتمل عود الإشارة إلى

(1) بياض بمقدار ثلاث كلمات بالأصل.

المدة المذكورة وهي العشرة الأعوام لا يعذر في سكوته المدة المذكورة،
يعني القائم المبيع عليه ملكه إذا لم يقم إلا بعدها وقال: لم أعلم أن لي
القيام، فلا يُعذر في هذا بالجهالة وذلك لطول مدة الحوز عليه وهي
العشرة الأعوام، يعني والحالة أن المقوم عليه المشتري والقائم أجنب.

وقولنا: وبه أفتى بعض المتأخرين، هو الشيخ الرصاع في حاشيته
بخطه على آخر الركن الخامس من تبصرة ابن فرحون في قوله: والصبي
كالغائب. قال: كنتُ أفتيتُ بأن تعجيز الوصي ليس تعجيزاً للمحجور
حتى وقفتُ على أحكام ابن بطلال، ذكر أن الذي به العمل أن تعجيز
الوصي تعجيز للمحجور فأفتيتُ به. ذكر المتيطي في كونه تعجيزاً له
أولى قولين ذكرهما في كتاب الحبس، انتهى. وانظر المسألة وكلام ابن
بطلال [82 أ] فيها وكلام الشعبي كذلك في الورقة الثالثة والمائة من
تذكير الغافل للشيخ الجد - رحمه الله تعالى -.

وقولنا: ونص المدونة أنه بمنزلة الوصي في جميع أموره، هو في
إرخاء ستورها، وشهره المازري وشهر ابن رشد مقابله، وأشار إلى
التشهيرين في حجر المختصر بقوله: وفي مقدم القاضي خلاف.

وقولنا: دخلها فقه آخر مقتضى لبطلانها، أنها إنما كان مقتضياً لبطلانها
لأن الشاهد إذا كانت عنده شهادة تتعلق بحق آدمي يجب عليه أن يخبر
بها صاحب الحق، فإن لم يخبره بها فهي جرحه فيه مبطله شهادته قاذحة
في عدالته. كما قرره في المانع الخامس من شهادات الشامل، وهو
الحرص على الأداء إلى أن يعتذر بالجهالة بالحكم بأنها عذر شرعي.

قولنا: وقد صرح بعض الشيوخ، هو الشيخ ابن عبد السلام في رابعة
هبة شرحه في قول ابن الحاجب وفي هبة المودع ولم يقل: قبلتُ حتى
مات الواهب قولان، ونقله ابن ناجي في سادسة هبة كبيره في قولها.

واعرف الصدقة عن حواشي الشيخ الطرابلسي في شرطية القبول في حياة الواهب. وقولنا: القبول يجري مجرى الركن، والحيازة تجري مجرى الشرط الخ. قلت: كل من جزأى الإيجاب والقبول ركن الماهية. وقال الشيخ الجد الأعلى - رحمه الله تعالى - في بحث الصيغة من البيوع: صرح ابن عرفة وابن الحاجب وابن شاس وغيرهم بأن الصيغة ركن. قال الشيخ ابن عبد السلام - رحمه الله تعالى -: الصيغة دليل على الماهية التي أركان أجزاءها، وما يدل على الماهية غيرها، لأن الدال على الشيء غير المدلول عليه. الشيخ الجد: الماهية الشرعية في سائر العقود المستعملة في معناها الدالة هي عليه بالوضع العرفي والاستعمال. هي سبب نقل الملك في الأعيان، فكل معنى حاصل بلفظ أو فعل دل عليه رتب عليه الشرع حكمه للزومية وجود اللازم لوجود ملزومه، وكلما وُجد الدليل وُجد مدلوله. وإذا كان ذلك كذلك كانت الماهية على الحقيقة في السبب، وكان كل واحد من الإيجاب والقبول جزءها.

قلت: لأن الصيغة عند الشيخ ابن عبد السلام ركن من أركان العقد وهي الإيجاب والقبول، فلما كان الركن هو مجموع الصيغة - وهي إيجاب وقبول كان كل من الإيجاب والقبول ركنًا وليس القبول بانفراده مستقلاً بالركنية. عبر بقوله: القبول يجري مجرى الركن، يعني وليس بركن مستقل، وإذا كان القبول جزء الصيغة وهي ركن وقد انعدم هنا لزم منه انعدام الصيغة، إذ لا وجود لكل بدون جزئه، وإذا انعدمت الصيغة بهذا الاعتبار - وهي ركن - لزم انعدام العقد بانعدامها، إذ لا وجود للشيء بدون ركنه، لأن الماهية تنعدم بانعدام ركنها عقلية كانت أو شرعية.

وقولنا: ومن جري العادة كما ذكره السائل بعد كون العود لا يتناول العقد الذي يعقد في الدار من البيع أو غيره، فيكون العود حينئذ خارجاً

عن العقد فيها لدلالة العادة على ذلك . وأصل ابن القاسم أن المنافع والمرافع لوازم عادته فيتناولها العقد بطريق اللزوم ، لأن القصد إلى الملزومات العادية يستلزم القصد إلى لوازمها العادية ، ولا يصدق من ادعى خلاف ذلك . اعرف الورقة السادسة والمائة من تذكير الغافل . [82 ب] فإذا كانت العادة شاهدة بخروجها عن اللزوم فإن العقد لا يتناولها حينئذ وهذا يرجع إلى أصل دليل العادة ، وقاعدة المذهب إعماله في الدعاوى على ما صرح به في الباب السابع والخمسين من التبصرة في رابعة (1)

الحمد لله ، نسخة حكم في شأن النفقة المسؤول عنها في الورقة الخامسة والثلاثين ومائة من الجزء الأول من هذا الكتاب (2) .

نصه بعد بسملته وتصليته : وكتب إثر رسم الدين ورسم النفقة وفتاوى في لزوم النفقة بعد أن ترفعا لدى من يجب أعزه الله تعالى - في التاريخ - محمد العريبي وعلي بن عبد الله بن عيار (3) المذكوران وهما المنفق والمنفق عليه بسبب النفقة المذكورة . وادعى محمد المنفق لدى من يجب أنه ما أنفق لأجل المال والفضة المذكورين وهي سلف جرّ نفعاً وذلك حرام ، واستدل على ذلك بفتاوى أهل العلم المسطورة أعلاه . وسأل نفقته منه عن مدة الإنفاق التي هي إثنا عشر عاما فارطة أولها زمن الالتزام بها وآخرها زمن بلوغه .

وسئل عن ذلك علي المنفق عليه المذكور فلم تكن له حجة ولا دعوى إلا ما يوجبه الشرع العزيز من لزوم أو سقوط . وطال بينهما التنازع بسبب ذلك وتكرر ترافعهما لدى من يجب . وتأجل علي الآجال

(1) هنا تنقطع المسألة ويظهر بياض بمقدار ثلاثة أسطر ونصف من الأصل .
(2) ورد قسم قصير متعلق بهذه المسألة في الجزء الأول من هذا الكتاب في الصفحة 290 - 292 (من هذه الطبعة) .
(3) ورد هذا الاسم في الجزء الأول : علي بن عبد الله بن عمران الفرناسي .

الشرعية لما يقول في ذلك فلم يأت بعد انقضائها بتلو مدتها بما يسقطها عنه، وأقرّ بعجزه عن الدفع. وبموجب اللزوم وبعد أن كان ذلك كذلك أشهد الآن الشيخ القاضي بمدينة القيروان في التاريخ - سدّده الله تعالى - أنه حكم لمحمد العريبي المنفق المذكور بلزوم النفقة المذكورة لعلي المنفق عليه المذكور، بعد حلف محمد المنفق المذكور مع شاهد العرف يميناً مستوفاة بالجامع الأعظم من المدينة المذكورة بمحضر شهيديه وبمحضر علي المنفق عليه، قال فيها: «بالله الذي لا إله إلا هو ما أنفقتُ على علي المذكور النفقة المذكورة إلا لأجل تسلف المال والفضة المذكورين، وما كان إنفاقي عليه إلا على وجه الرجوع بها عليه لا تبرُّعاً وحسبة» كما صدر منه - حفظه الله تعالى - في ذلك وهو بمجلس حكمه ومقعد قضاائه من المدينة المذكورة، عملاً بما أفتى به المفتون من الفقهاء المالكية - رضي الله تعالى عنهم - حسبما تضمنه خطوطهم أعلاه. بعد أن أعذر أي علي المحكوم عليه في ذلك وبعد عجزه عن المدفع في ذلك وانصرام الأجل له بتلوّماتها. وشهد على إشهاد - حفظه الله تعالى - بجميع ما عنه فيه وهو بحال كمال، من علم أنه القاضي بالمدينة في التاريخ، وعلم مسوغات الحكم المذكور. وحضر يمين محمد وشهد على إشهاد الشيخ القاضي بما نُسب إليه فيه فقط أوائل جمادى الأولى عام ثمانية وثمانين وتسعمائة [988 هـ / أواسط جوان 1580 م] حسبما تضمنه طابعه المرتسم بطرته. مسعود بن محمد مرزوق بن عظوم ومحمد بن حسن اللّبي.

وتحت ذلك سؤال نصه بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأملكم الحكم المسطور أعلاه وما فوقه من فتاوى الفقهاء، أبي عبد الله محمد بن سلامة وكاتبه، وأبي الحسن علي عبيد، وأبي محمد عبد الجليل بن مرزوق بن [83 أ] عبد الجليل بن مرزوق بن عبد الجليل بن محمد بن

عظوم، بلزوم النفقة، وهي التي استند إليها الحاكم في حكمه المذكور. وقد قام الآن محمد المنفق المذكور على حفيده علي المنفق عليه المذكور، مطالباً له في مال النفقة المذكورة والحالة أن قبل محمد لعلي دين الدراهم والفضة المذكورين، وأبى علي أن يدفع له دراهم النفقة المذكورة قاتلاً: إلا أن تمكّني من دراهم ديني بدراهمك المذكورة. فهل يمكن الحفيد من ذلك أو لا يمكن من ذلك؟ وإنما تقع المقاصصة بينهما محمد العريبي بدراهم نفقته وعلي بدراهم دينه التي له بذمة خاله، أو القول قول علي ويجب على محمد تعجيل دراهم الدين وحينئذ يرجع إلى طلب دراهم نفقته من علي؟ والسلام.

فأجبت بما نصه بعد الافتتاح: إذا كان الأمر كما ذكر فالقول قول محمد العريبي الخال في ما ادعى لوليّه من المقاصصة مع حفيده علي المذكور بدراهم نفقته وعليّ بدراهم دينه، لا ما نتج فيها من زيادة ربوية، والمقاصصة هنا واجبة لاتحاد الدراهم في الجهتين جنساً وصفةً حسبما صرح به الشيخ البرزلي - رحمه الله تعالى -، ولكل منهما دينٌ تعلق بذمة أحدهما للآخر، وليس تقديم الدفع في أحدهما بأولى من تقديمه في الآخر، لأن ذلك من الترجيح بلا مرجح، وهو تحكّم ممنوع شرعاً وعقلاً. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

ثم سألت العريبي سؤالاً آخر متصلاً بالأعلى نصه بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأملكم أصل الحكم المسطور أعلاه وقد تبين أن تاريخ أوائل جمادى الأولى عام ثمانية وثمانين وتسعمائة [988 هـ / أواسط جوان 1580 م] فكان ما بين تاريخه ويومنا هذا خمسة أعوام وسبعة أشهر. وقام الآن الحفيد وهو المنفق عليه المذكور بينة شهدت على إقرار محمد الخال - وهو المنفق المذكور - بأنه أنفق نفقته المذكورة على علي المذكور لوجه الله تعالى. فهل يصح لعلي القائم بهذه البينة بعد نفوذ الحكم

المذكور ومضيّ هذه المدة، وما قام بها إلا الآن أم لا؟ وهل يقدر في الحكم المذكور كون شاهده لم يشهدا بمستنداته المسماة فيه حيث قال: شهد على إسهاد القاضي بما نسب إليه فقط بمقتضى طابعه أم لا يقدر ذلك فيه؟ والسلام.

فأجبت بما نصه بعد الافتتاح: تأملتُ نسخة الحكم المسطورة أعلاه وما تضمنه السؤال، وإذا كان الأمر كما ذكر، فأما البينة المشار إليها التي قام الآن بها عليّ المحكوم عليه بعد نفوذ الحكم عليه فإنها غير مسموعة ولا مقبولة بوجه، لأنه حكم بالتعجيل بعد مضي الأجل عليه والتلوم وبعد إقراره بالعجز. والأول موضع اتفاق والثاني على المشهور. قال القاضي البرهان - رحمه الله تعالى -: وإن أتى الغريم بينة بعد الحكم عليه بعجزه وزعم أنه لم يعلم بها، فقبل يحلف على عدم علمه بها ويُقضى له بها، وقيل: لا يقضى له بها، وعليه العمل.

الشيخ ابن ناجي عن القاضي ابن رشد - رحمهما الله تعالى - في من أتى بينة بعد الحكم عليه بالعجز هل تقبل منه أم لا؟ ثلاثة أقوال: الأول تُقبل منه مطلقاً طالباً أو مطلوباً، قاله ابن القاسم في سماع أصبغ من النكاح، والثاني عكسه، والثالث تُقبل من الطالب دون المطلوب. ثم قال ابن رشد - رحمه الله تعالى -: وإذا الخلاف إنما هو إذا عجزه القاضي بإقراره على نفسه بالعجز، وأما إذا أعجزه بعد التلوم والآجال وهو يدعي أن له حجة فلا يقبل منه [83 ب] ما يأتي به بعد ذلك من حجة، لأن ذلك قد زد من قوله قبل نفوذ الحكم عليه.

ابن ناجي: كان شيخنا البرزلي لا يعجبه ما يعطيه ظاهر كلام ابن رشد أنه إذا أعجزه بعد التلوم والآجال فلا قيام له باتفاق، ويقول ظاهر كلام اللخمي إن فيه الخلاف أيضاً. وكان شيخنا أبو مهدي عيسى الغبريني يعجبه كلام ابن رشد جدا ويقول: لو لم يكن كذلك لكان

تلاعب بتأجيل القاضي وتلوّمه وتعجيزه بما ذكره. أقول: انتهى كلام ابن ناجي. وعلى ظاهر كلام ابن رشد - رحمه الله تعالى - من الاتفاق في فرع الحكم بتعجيزه مستندا إلى مضيّ الآجال والتلوّم والاختلاف في فرع الحكم بتعجيزه مستندا لإقراره بالعجز، أشار الشيخ أبو البقاء إثر ذكر الآجال والتعجيز بقوله: ولا حجة لمحكوم عليه بعده، وكذا إن أقرّ بالعجز على المشهور. فظاهر كلام ابن رشد يعطي الاتفاق على أنه عجزه بعد الآجال فلا تُسمع بيته، يدلّ عليه ذكره المشهور أن بيته لا تُسمع في الفرع المعطوف بقوله: وكذا إن أقرّ بالعجز.

ثم هذه البينة التي قام بها علي الآن، إذا كانت حاضرة البلد دخلها فقه آخر يقتضي بطلاناً، وإليك النظر فيه على أن هذه البينة التي استظهر بها على المحكوم عليه لا تجزيه. (1) آخر وهو أنها تقتضي صيرورة النفقة من المال المنفق من باب هدية المديان، وهي حرام، «والقاضي لا يحكم بالمكروه فضلا عن الحرام». فكيف يحكم له بهذه البينة المستلزمة للحرام؟ وأما خلو شهادة شهود الحكم عن تضمينهم علمهم بالمستندات أو الوقوف عليها أو ثبوتها حيث قالوا: شهد على إسهاد القاضي بما نُسب إليه فقط، فإن ذلك غير قادح في صحة الحكم بوجه، لأنّ القاضي مقبول القول في وجود مستندات حكمه إذا قال: خاصم عندي فلان وأعدرتُ إليه وأجلّته وانقضت آجاله، وعجزتُه وحيثد حكمتُ عليه، وأنكر وجود ذلك المحكوم عليه، قاله أصبغ في الواضحة.

الشيخ ابن ناجي بعد أن نقل التشهير في ذلك عن اللّخمي وابن عبد السلام وعزا مقابله للجلاب وأن قول القاضي غير مقبول، جمع فيهما بأن مسألة المشهور موضوعها مستندات الحكم، ومسألة الجلاب موضوعها وجود الحكم نفسه، قال ما نصه: وقعت هذه المسألة في

(1) بياض بمقدار كلمتين بالأصل.

أحكامي بالقيروان وأفتاني شيخنا أبو يوسف يعقوب الزعبي لأن قولي مقبول عليه عملاً بقول أصبغ، انتهى كلامه. وعلى ما قررناه فالبينة المستظهر بها في نقض الحكم غير مقبول قولاً واحداً لتعدد وجوه بطلانها والقيام بها. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

قولنا: في ما إذا كانت البينة حاضرة البلد دخلها فقه آخر يقتضي بطلانها، أي وجرحت البينة في ما يستقبل. أردتُ بهذا فرع ما إذا لم يجز الشاهد بشهادته في ما تمحّض فيه الحق لأدمي إياه بها، ويكون ذلك جرحاً في الشاهد على أصل ابن القاسم فيهما في رواية عيسى عنه. نقله ابن فرحون في الفصل الثالث في حدّ الشهادة من القسم 7 من الركن السادس من تبصرته. قال في شهادات الشامل: الخامس، الحرص على الأداء كالبداية قبل الطلب في ما تمحّض لأدمي، لكن يلزمه أن يخبر ربّه الحاضر به وأن لا جرح، انظر بقيته فيه. فنّهتُ بهذا الفصل على هذا الفرع، وشرط الحضور فيها احترازاً من غيبة البينة عن ملك صاحب الحق المشهود له، فإن الغيبة عذرهم في عدم إخبارهم إياه بما شهد له من الشامل ربه الحاضر به [84 أ] وما قررنا به مسألة صدر الجواب، وهي ما إذا قام بيينة بعد الحكم عليه بالتعجيز إذا انقضت عليه الآجال والتلوم. وأما إذا حلف خصمه عالماً بيئته فهي في شهادات المدونة وغصبها. واعرف ابن ناجي في الرابعة عشرة من غصب كبيره، وفي الرابعة والعشرين من شهاداته، وحققتُها في آخر شهادات البرنامج حيث ذكرها الشامل في آخر شهاداته. وصرح الشيخ ابن ناجي حيث ذكرنا عنه في الموضوعين بأن الإعراض عن البينة كاف في تركها، ولا يفتقر إلى التصريح بتركها في سقوطها على ما به الفتوى، فلا قيام له بها إذا حلف خصمه. واعرف قول أفضية المختصر: وإن أنكر المدعى عليه، قال القاضي للمدعي: ألك بيينة؟ إلى قوله: فإن نفاها واستحلفه فلا بيينة له إلا بعذر كنسيان النخ. ومثله في أفضية الشامل.

وحاصل هذا وما ذكرناه في الجواب أنهما مسألتان: الأولى وهي التي في الجواب ما إذا قام المحكوم عليه بالتعجيز بيينة. ومحصلها أنه إن كان الحكم عليه وتعجيزه مستندا إلى مضي آجاله وتلوّمه فلا تسمع بيئته اتفاقا، وإن كان مستندا إلى إقراره بالعجز ولا تسمع بيئته على المشهور حسبما تقرّر في الجواب مستوفى. وعلى هذا يتنزل قول فصل التعجيز من القسم الخامس من الركن السادس من تبصرة ابن فرحون: إذا انقضت الآجال والتلوّم واستوفيت الشروط ولم يأت المؤجل بحجة وعجزه القاضي وأنفذ القضاء عليه، ثم لا تُسمع منه بعد ذلك حجة ولا تُقبل منه بيينة إن أتى بها، كان المعجز طالبا أو مطلوبا. ثم قال: وإذا حكم القاضي على الغريم بعجزه ثم أتى بيينة بعد ذلك وزعم أنه لم يعلم بها حلف وقضى له بها، وقيل: لا يقضى له بها، وبه العمل. ثم أتى بكلام ابن رشد الذي نقلناه في تعجيز الطالب والمطلوب ثم إتيانه بالبيينة، وهو برمته في الثانية عشرة من أقضية كبير ابن ناجي، وفي السابعة والثلاثين من أقضية الحاوي، ومرّ ذكر محصله في الجواب.

والمسألة الثانية هي: ما إذا قدّم الغريم بيينة بعد تحليف خصم، ومحصلها أنه إذا حلفه عالما بيئته فلا قيام له بها، ولو لم يصرح بتركها إلا مجرد إعراضه عنها على ما به الفتوى، وإن كان غير عالم بها بل ناسيا لها قبلت منه بعد حلفه على النسيان عملا بنص المختصر. وعزاه ابن فرحون في فصل قيام المحكوم عليه يطلب فسخ الحكم عليه لابن القاسم، وسحنون: لا يقبل منه، وابن المواز: إن قام بها عند القاضي الأول فالأول وإلا فالثاني. فالمسألة الأولى مسألة حكم وتعجيز، والثانية مسألة حكم باليمين واستحلاف من الطالب للمطلوب، ومسألة هدية المديان هي في قرض الشامل والمختصر، واعرفها في قرض التوضيح.

ثم سأل العريبي عن نسخة رسم مسطورة بمحوّل نسخة حكم على علي الفوناسي⁽¹⁾ بلزوم النفقة التي أنفق عليه خاله العريبي والحكم مؤرخ بأوائل جمادى الأولى من عام ثمانية وثمانين وتسعمائة [988 هـ / أواسط جوان 1580 م] نص هذا الرسم الذي بمحوّل الحكم بعد افتتاحه : سمع من يشهد بعدُ من محمد العريبي المذكور بالمحوّل مراراً متعددة اعترافه بأن النفقة التي كان أنفق على قريبه علي الفوناسي المحكوم عليه المذكور بمحوّله حسبةً لله تعالى وصلةً لا على معنى الرجوع ، شهد عليه بذلك [84 ب] في تاريخ بأثناء عام ستة وثمانين [986 هـ / 1578-9 م] الفارطة . وكتبه أواخر شوال عام ثلاثة وتسعين وتسعمائة [993 هـ / أواسط أكتوبر 1585 م] محمد الصيد ، وشهد بجميعة بتاريخ بعد التاريخ المذكور محمد بن إبراهيم عامر . وسمع منه أنه قال : أشهدتُ بذلك وأنا على ما يوجبه الحكم الشرعي مراراً من غير حفظ تاريخ السماع ، محمد مسعود مرفوع على شهادتهم . وبمحوّل ذلك بخط الشاهد الثالث ما نصه بعد الافتتاح : يقول من يشهد بعدُ : لم نعلم إن كان لعلي الفوناسي علم بشهادتي أم لا ، غير أنه وقف عليّ بإشهاد بيده يقتضي تبرّع خاله بالنفقة عليه ، وأنه ما أنفقها إلا لله فكتبتُ ما سمعتُ دون ضبط التاريخ كيف ذكر بمحوّله : أخبرته قبل إشهادي بنحو الثلاثة أيام أو قاربها لا غير . وبه شهد مسعود .

الحمد لله ، نسخة بأصل المنسوخ أعلاه نصها بعد الافتتاح : حضر شهوده موطناً بمجلس من يجب - أعزه الله تعالى - وقد ترفع فيه علي الفوناسي ومحمد العريبي المذكوران أعلاه في النفقة ، فسأل النائب علياً عن عدم قيامه برسم اعتراف خاله المنسوخ أعلاه ، فقال : ليس لي به خبر إلا الآن ، وما أخبرني شهوده إلا الآن . فمن سمع منه ذلك وهو

(1) كذا ورد الاسم هنا ، وفي الجزء الأول من هذا الكتاب ص 290 ورد : الفوناسي .

بالحال الجائزة قيّد له به شهادته هنا في حينها على عينه أو اسط حجة الحرام عام ثلاثة وتسعين وتسعمائة [993 هـ / ديسمبر 1585 م] فلان وفلان وفلان وفلان .

السؤال بعد افتتاحه : جوابكم بعد أن تتأملوا من النسخ المنسوخة أعلاه فإن الحكم وقع على علي بلزوم النفقة التي أنفق عليه خاله محمد العريبي . وتاريخ الحكم أوائل جمادى الأولى عام ثمانية وثمانين وتسعمائة [988 هـ / أواسط جوان 1580 م] ووضع القاضي طابعه بطرته وكتب متطلبه ما نصه : من الأمر كما ذكر فيه . حرره أبو بكر بن محمد المولى بقضاء القيروان وقفصة عفا الله عنه . وكتب شهود الحكم عند عقد الشهادة ما نصه : شهد على إسهاد القاضي بما نسب إليه فيه فقط . ثم من عام ثمانية وثمانين وتسعمائة [988 هـ / 1580 م] إلى الآن مدة خمسة أعوام وثمانية أشهر ما قام عليّ منها ولا تكلم بشيء وهو حاضر البلد وشهوده باعتراف خاله المنفق بالإحتساب بالنفقة حاضرون كذلك . وقام الآن برسم اعتراف خاله المنسوخ في الأعلى على ما هو به وأراد فسخ الحكم بهذه الشهادة . وسئل هل عنده علم بهذه الشهادة؟ وهل أخبره بها شهودها؟ فقال : لا علم لي بها وما أخبره بها شهوده إلا الآن ، حسبما هو بشهود المجلس في الوثيقة الأخيرة أعلاه ، والحالة أنهم حاضرون بالبلد معه كما ذكر . فهل يلزم شهود الاعتراف بالحسبة أن يجيبوا عما سئلوا عنه هل أخبروا عليا المشهود له بشهادتهم في ذلك في حينها أو لم يخبروه إلا الآن كما زعم هو؟ وذلك لأجل اختلاف الحكم على وجود إخبارهم إياه وعلى عدمه ، لأنهم إذا لم يخبروه فذلك جرحه في حقهم . وهل يلزم الشاهد الثاني والثالث أن يذكر تاريخ سماع الحسبة من المنفق ليقابل بذلك تاريخ إخبارهما المشهود له وما بيّنا على ذكر تاريخ السماع من الأحكام؟ وإذا لم يؤرّخا السماع فهل تبطل شهادتهما به أم لا ؟ والسلام .

فأجبتُ عنه بما نصه بعد الافتتاح : إذا كان الأمر كما ذكر فالحكم المذكور قد تقدّم الجواب عن صحته ، وإن قول القاضي في سنده مقبول فلا قيام للمعجز بعد تعجيزه بالأجال اتفاقاً ، [85 أ] وكذا إن أقرّ بالعجز على المشهور . قاله القاضي ابن رشد - رحمه الله تعالى - ودرج عليه الشامل وغيره .

قال الشيخ ابن فرحون : وإذا حكم القاضي على الغريم بتعجيزه ثم أتى بيينة بعد ذلك وزعم أنه لم يعلم بها حلف وقضي له بها ، وقيل : لا يُقضى له بها ، وبه العمل ، انتهى . وعلى هذا فلا يُلتفت إلى بيينة علي المذكورة بوجه ولا على حال ، والحكم ماضٍ ولا يُعترض بوجه . ويلزم شهود الاعتراف بالحسبة أن يعترفوا إما بإخبارهم لعلي المشهود له بما عندهم من شهادة الاعتراف ، وإما بعدم إخبارهم إياه لما بيّننا على إخبارهم وعدمه ، من اختلاف الحكم عند عدم إخبارهم تسقط عدالتهم ولا تقبل في المستقبل شهادتهم لقول الشامل في ما تمحّص (1) . يلزم الشاهد أن يُخبر ربه الحاضر بها ، وأن لا جرح . ولو ثبت إخبارهم إياه بيينة عادلة فإنما يفيد في رفع جرحتهم لا في سقوط النفقة وسقوط الحكم . لأننا قد بيّننا أن هذه البيينة بعد الحكم الموصوف لا تُسمع في إبطاله وعلى الشاهدين الأخيرين أن يضبطا تاريخ سماعهما الاعتراف بالحسبة من محمد المنفق لائنباء الأحكام على ذلك يشهد له لزوم بيان أمد التبایع في بحث القيام بالغيب . صرح به الشيخ ابن فرحون وكررا عن طرد (2) الشيخ أبي إبراهيم الأعرج ، وهذا لأنه تُبني على التاريخ الأحكام وتختلف باختلافه . فإن ادّعوا نسيانه حلفوا على ذلك لأنهم صاروا خصماً مدعى عليهم عدم الإخبار وما في جرحتهم فإن حلفوا

(1) بياض بمقدار كلمتين بالأصل .
(2) كذا وردت الجملة بالأصل .

برئوا وإن نكلوا ثبتت جرحتهم . وقيام علي المحكوم عليه في نقض الحكم بشهادتهم المذكورة ساقط . على كل حال حلفوا أم نكلوا أم أقاموا بينة بالإخبار كما بيناه . والله تعالى أعلم ، وبه التوفيق .
وعطف به الفقيه علي عبيد والفقيه محمد قشور البلادي .

قوله : وقيل لا يُقضى له بها ، وبه العمل ، في آخر شهادات برنامج الشوارد . وكلام ابن فرحون هذا هو في أوائل فصل التعجيز من تبصرته ، وفي الخامسة والثلاثين من شهادات كبير ابن ناجي : إذا قال الطالب : علمتُ بحقي ولم أجد ذكر الحق الذي أقوم به ووجدته الآن ، فاختار شيخنا أبو مهدي عيسى الغبريني أنه يقبل منه سواء كانت البينة التي قام بها استرعاءً أو غيرها . والصواب عندي أنه لا يقبل منه ، لأنه كالمعترف بأن لا حق له فدع رفعه .

ثم وقعت بالقيروان بعد عشرة أعوام فأفتى بما صوّبته فيها وهو خلاف فتواه الأولى ، إذ لم يقبل قوله في عدم علمه بحقه ، فأحرى إذا قال عندي العلم به ولم أجد ما أقوم به ، إذ هو قادرٌ على أن يقول ذلك للشهود ويبقى على حقه ، انتهى .

قلت : فإذا لم يقبل منه قوله : لم أجد ما أقوم به ووجدته الآن والحالة أنه لم يقع عليه مانع محترم شرعا فأحرى أن يقبل قوله : لم أعلم بالبينة التي قمتُ بها الآن ووجدتها الآن ، والحالة أنه قد وقع عليه مانع محترم شرعا وهو حكم القاضي ، فتدبر ذلك . ففتوى الشيخ الغبريني تعضد ما به العمل في نقل القاضي البرهان ، وتعضد الاتفاق في نقل الشيخ ابن [85 ب] ناجي عن ابن رشد ، وتعضد ظاهر كلام الشامل وما يعطيه من الاتفاق أيضا في فرع المعجز بعد الأجل . والله تعالى أعلم ، وبه التوفيق .

وقصد الشامل بلفظ «ليس بصريح في الإنفاق» يحكي ظاهر كلام ابن رشد، فأعرفه .

الحمد لله، سئل الفقيه علي عبيد بمحضري ونحن عنده في عيادته من مرضه في أوائل حجة الحرام متمم شهور عام ثلاثة وتسعين وتسعمائة [993 هـ / أواخر نوفمبر 1585 م] من الشاوش على يد الحاج بو سلامة العصفوري المهدي، عن مسألة رجل أمير من قبل السلطان إذا فرط في مال مجبة السلطان فلم يقبضه ممن هو قبلكه حتى ضاع المال. هل يضمه أم لا؟ والسلام.

فاستشارني في ذلك فقلت له: إذا كان تركه لقبضه سببا في ضياعه لزمه غرمه. فكتب جوابه بذلك إثر السؤال. ثم طلبا مني معاً العطف عليه والموافقة بالكتب على ذلك فعطفتُ عليه بصحة ذلك.

قلت: ومستندي في ما قلت له مسألة التضمين بالترك المشهور ذكرها في كتاب الصيد، وألحق الشيخ ابن عبد السلام بها مسألة قابض الحبس إذا فرط في ما قبل سكان ربه فلم يقبضه حتى عدموا فحكم بتضمينه، وصوبه ابن عرفة عملاً بقاعدة التضمين بالترك المذكورة. اعرف باب الصيد من غيره من برنامج الشوارد. وسندي أيضاً أن عموم ولاة الباشات على ما يكون في البلاد التي وُثِّوا عليها وعموم مضرّتهم في ذلك ما لم يحجر عليهم شيء، فيختص التحجير به. واعرف 115 من الجزء الأول من هذا الكتاب، واعرف التاسعة عشرة ومائة من الجزء الثاني.

الحمد لله، نسخة رسم من القيروان في محرم الحرام عام.....(1). على يد سالم بن مياسة لزوج ابنته بلقاسم المذكور فيه. نصه بعد افتتاحه: أشهد الوصيف بن أحمد الفليلي أنه

(1) بياض في مكان إيراد الرقم المحدد للسنة.

أوصى بثلاث ما يخلّفه من قليل الأشياء وكثيرها لأول ولد ذكر يتزايد لولده أبي القاسم من زوجته فاطمة بنت سالم بن إبراهيم المسراتي عرف بابن مياسة، ينفذ له ذلك بعد وفاته ولحوقه بالله تعالى على معنى الوصايا وسنتها. فإن عاق الولد الأول عائق الموت فيكون الثلث لمن عسى أن يتزايد لهما من الذكور بعده، وأنه مهما رجع في الوصية المذكورة فيكون رجوعه تجديدًا لها. شهد على إسهاده بذلك في الحالة الجائزة وعرفه بتاريخ تقدم بنحو الشهر. وكتب هنا أوائل ربيع الثاني عام أربعة وثمانين وتسعمائة [984 هـ / أواخر جوان 1576 م] وشهد به عدا التزام عدم الرجوع عبد اللطيف بن الظريف بن أحمد بن بلقاسم الغرياني.

السؤال بعد افتتاحه: جوابكم بعد أن تتأملوا من الرسم المذكور أعلاه، هل يعمل بشرط الموصي المذكور أو لا يعمل به؟ لأن الوارث جاء ببينته أن الموصي رجع عن الوصية المذكورة. جوابكم والسلام.

فأجبت بما نصه: وعليكم السلام ورحمة الله تعالى وبركاته، الحمد لله، إذا كان الأمر كما ذكر فاعلم أن هذه المسألة عند التحقيق خارجة عن التزام [86 أ] عدم الرجوع الساذج وعن الخلاف الحاصل فيها تشهيراً أو إفتاء، لأن هذه أخص من تلك لما في هذه من جملة التعليق، فهي دالة على الالتزام الساذج مع زيادة المعنى الحاصل بالتعليق، وخروجها عنها خلاف ما يعطيه ظاهر جواب بعض المتأخرين⁽¹⁾ فإنه سئل عن مسألة فيها جملة التعليق، فجلب في جوابه الخلاف الحاصل في مسألة الالتزام الساذج ثم انفصل على قبول الرجوع وألحق في مسألة التعليق وهي المسألة المسؤول عنها أعلاه، أنها أخص من مسألة مطلق الالتزام المذكور لأجل ما ذكرناه من زيادة القبول. وحيث ما يحكم فيها عدم قبول الرجوع لوجوه ثلاثة.

(1) بالهامش تعليق نصه: وهو الشيخ أبو مهدي عيسى الغبريني.

الأول: أن جملة التعليق المذكورة من بحث المنقول والقاعدة الأصولية أن «دلالة المنقول أقوى من دلالة المجاز» فإذا رجح المجاز بقرينته وقصدَه فأحرى المنقول.

الثاني: أن أصل ابن القاسم - رحمه الله تعالى - أن اللفظ الذي استعمله الإنسان في معنى واصطلاح على وضعه فيه فهو بمنزلة اللفظ الموضوع لغة لذلك المعنى ويُعطى حكمه خلافاً لأشهب، نقله عنهما الشيخ المغربي - رحمه الله تعالى -.

الثالث: أن الشيخ الشريف التلمساني والقاضي أبا الوليد بن رشد - رحمة الله تعالى عليهما - قد نقلوا الإجماع على أنه لا يحمل كلام المتكلم إلا على ما علم أنه قصده، وإطلاق لفظ الرجوع عن الوصية على التجديد هو الذي قصده الموصي، تحكيماً للفظه: مهما رجعتُ إلى آخره. فالعدول بلفظه وهو الرجوع اللاحق عن الدلالة على التجديد الذي التزمه وقصده عدول به عن مقتضى الإجماع.

وهذه الوجوه الثلاثة التي حصلناها تؤيد ما أفتى به الشيخ أبو علي عمر القلشاني الحفيد في الدولة الزكراوية⁽¹⁾ حتى تولى قضاء الجماعة بتونس في آخر القرن التاسع. وقد سئل - رحمه الله تعالى - عن امرأة أوصت بثلث مالها والتزمت عدم الرجوع، ومتى رجعت كان تجديداً ثم رجعت. فهل يصح رجوعها أو لا؟ والسلام.

فأجاب بما نصه: الحمد لله، هذه المسألة الظاهر أنه لا رجوع فيها اتفاقاً لقولها فيها: مهما رجعت كان تجديداً، وليس ذلك كالمسألة التي اختلف فيها المتأخرون وهي ما إذا اشترط الموصي مطلق عدم الرجوع. على أن الشيخ ابن عرفة - رحمه الله تعالى - شهر في مختصره للموصي

(1) أي دولة أبي زكريا الحفصي.

أو صحح عدم قبول الرجوع، فإذا كان ذلك في تلك فما بالك بهذا الفرض الذي ذكره السائل. فالذي نفتي به ونتقلده عدم قبول الرجوع. والله الموفق للصواب، وهو أعلم بمن اهتدى. قاله عبيد الله تعالى عمر ابن محمد بن عمر بن محمد القلشاني، مصلياً ومسلماً على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه. انتهى سؤاله وجوابه وعلى ما أصلناه من القواعد الثلاثة. وجواب الشيخ المشار إليه الجاري عليهما - رحمه الله تعالى - فلا يقبل رجوع الموصي المذكور عن وصيته المذكورة في هذه النازلة المسؤول عنها أعلاه بوجه، ويتنزل رجوعه منزلة قوله: جددتُ وصيتي، فيحلف مستحق وصيته من حفدائه مع شاهد التعليق، ويستحقها إذا ثبتت شهادته بواجب الثبوت لمآلها إلى المال. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

[86 ب] فقولنا: الساذج هو بالذال المعجمة أي المجردة عن القيود، والقيود هنا هو جملة التعليق فالالتزام الساذج معناه التزام لا تعليق معه. ومنه عند المنطقي: التصور الساذج معناه تصور لا حكم معه، في مقابلة التصور الذي معه حكم وهو التصديق والتحقيق عندهم أو التصديق هو نفس الحكم، والتصديق الساذج - وهو وإن كان فيه قيد - هو قولنا لا حكم معه، لكن جيء بهذا القيد لبيان الإطلاق وعدم القيد، ومنه قول الفقهاء الماء المطلق، فالمطلق قيد جيء به لبيان الإطلاق، واحترازاً من المضاف المقيد مطلقاً، كماء الريحان وماء الورد وغير ذلك مما هو مذكور في محله.

الحمد لله، نسخة رسم للاستفتاء: يعرف شهوده أحمد الأندلسي معرفة تامة ويشهدون بأن ملكاً من أملاكه مالاً من ماله جميع الدار والجنينة والمخزن الملاصق بعضهما إلى بعض، جميعها قرب باب خالد خارج باب الجنائز من تونس. يحدّها قبلة الحفصية كانت، وشرقا

زنقة هنالك، وجوقاً حق للصفار، وغربا حيث يفتح بابها، بحقوق ذلك
 وعامة المنافع. ما علم شهوده خروجها عن ملكه ببيع ولا بهبة ولا
 بصدقة ولا بوجه من الوجوه التي تخرج بها الأملاك عن ملك مالكيها
 ولا عن حوزة إلى أن توفي عنها، فورثة أولاده محمد ولطفة وأم السعد
 والمرابط ورقية لا غيرهم. ثم توفي محمد فورثه شقيقته لطيفة وأم
 السعد وأخواه للأب المرابط ورقية المذكورون لا غيرهم. ثم توفيت
 لطيفة فورثها ولدها إبراهيم ابن المرابط بو حمزة لا غيره، ولم يزل ذلك
 على حكم الوراثة إلى أن سمعوا من الورثة المذكورين وهم بالحالة
 الجائزة شرعاً على معنى الإشهاد عليهم أنهم سلموا جميع الربع المذكور
 بحقوقه وعامة منافعه لإبراهيم الفوضلاي التسليم التام لقبضهم منه
 العوض عن ذلك. ولم يزل على ملك إبراهيم الفوضلاي المذكور إلى
 أن سمعوا منه اعترافه وهو بالحالة الجائزة شرعاً على معنى الإشهاد عليه
 أنه سلمه للمحرك رمضان من الأعلاج التسليم التام لقبضه منه العوض
 عن ذلك، ولم يزل على ملك المحرك رمضان المذكور إلى أن توفي
 عن ذلك وتركه لورثته. ولم يزل على حكم الوراثة إلى أن حاز ذلك
 الأمين علي الجنان وتصرف فيه واستشغله. ويعين شهوده جميعه ويحوزنه
 بالوقوف عليه متى طلبوا بذلك. فمن سمع من ورثة أحمد الأندلسي
 المذكورين التسليم المذكور لمن ذكر من إبراهيم الفوضلاي أيضا ما
 ذكر كيف ذكر ولم يعلم لذلك رافعا إلى الآن. شهد به هنا أوائل حجة
 الحرام عام ثلاثة وتسعين وتسعمائة [993 هـ / أواخر نوفمبر 1585م]
 أحمد الحضراوي الصوّاف ومنصور بن عبيد، وعبد الغني بن عبد الغفار
 التركي دلال الوزر، وعمر الصابوني وخليفة بن المنتصر المثنوي وقاسم
 ابن عبد الله الدعيمي، وأحمد بن منصور عميش وعامر بن بلقاسم
 الساحلي، وعليهم علامة الأداء. وبلي ذلك رسم العمل بشهادة عدلين.

السؤال بعد الافتتاح : جوابكم بعد تأملكم نسخة الوثيقة المسطورة أعلاه، وقد قام بعض ورثة أحمد الأندلسي في ملك مورثهم المذكور ودافعهم الحائز [87 أ] بالوثيقة المذكورة، والحوز ليس فيه مدة ولا شروط، والتسليم مجهول لم يذكروا فيه لا ثمن ولا مقدار ما باعه كل وارث وغير ذلك. فهل الوثيقة المذكورة صحيحة أو باطلة؟ والسلام.

أجاب عنه الفقيه علي عبيد بما نصه بعد الافتتاح: إذا كان الأمر كما ذكر فالملك ثابت لورثة أحمد الأندلسي المذكور ولا ينقله عنهم ما تمسك له عنان من التبایع المذكور أولاً وثانياً لحصول الجهالة في الثمن فيها. والتفصيل في الأول أيضاً وذلك منهي عنه كما جاء في الصحيح عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم تسليمًا - من طريق أبي هريرة - رضي الله تعالى عنه -، والنهي يدلّ على فساد المنهي عنه وحينئذ فالبيع فاسد ويتحتم فسخه، والملك ثابت للورثة المذكورين لبطلان الناقل المذكور، وكذلك ما تمسك به من الحيازة لا أثر لها مع ثبوت الملك لغير الحائز وغير ذلك، والله تعالى أعلم.

وعطفتُ عليه بما نصّه بعد الافتتاح: ما أجاب به المفتي أعلاه من بطلان الوجهين الذين تمسكّ بهما عنان المذكور. أما الأول منهما الناقل عن ورثة الأندلسي وهو الاعتراف بالتسليم الأول والثاني التسليمين على الجهالة، وأما الثاني وهو الحيازة التي تمسكّ بها عنان أيضاً فلأنها قد علم أصلها، وأصلها قد احتلّ بما ذكر. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

الحمد لله، هذه نسخة رسم نصّه بعد افتتاحه: أوصى أحمد بن عياد عرف جلالاً الورداني بثلث جميع مخلفه من قليل الأشياء وكثيرها ربعاً كان أو غيره لأول ولد يتزايد لولده منصور ولولده محمد من الذكور

دون الإناث بالسواء بينهما، ليس لواحد منهما فضل على الآخر. وصية تامة تنفذ لهما بعد وفاته على حكم الوصايا وستتها لا تُبدل عن حالها ولا تخرج عن مقتضاها ﴿فَمَنْ بَدَلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾⁽¹⁾ وشهد على إسهاده بذلك وهو بحال مرض، ثابت الذهن والميز عارفاً بما يقوله. ويشهد به أواخر جمادى الثانية عام ستة وخمسين وتسعمائة [956 هـ / أواخر جويلية 1549م].

نسخة رسم متّصل بالأول: يقول من شهد بعد: كنتُ في متقدم التاريخ لمدة تزيد على عشرة أعوام فارطة طلب في الموطن المذكور عمر بن سعيد القتادي وولده علي منصور بن أحمد بن عياد عرف جلالاً، وفاطمة بنت سعيد القتادي المذكور في استغلال منابهما الصائر لهما بالإرث في سليمة بنت أحمد عياد المذكور من الربع المخلف عنه بسوسة وخارجها. فاستظهر منصور المذكور بوصية ثلث من أبيه أحمد المذكور للذكور من بنيه وبني أخيه محمد بشاهد واحد، وأراد التوصل إلى ذلك فدافعه عمر وولده علي لكون الوصية بشاهد واحد غير صحيحة، ومتروك أحمد جلال يقسم على فرائض الله تعالى دون مراعاة الوصية، وأرادوا التنازع في ذلك. ثم إنهم اتفقوا منصور وفاطمة وعمر وولده علي بين يدي من يشهد بعد، على أن يسقط منصور وفاطمة وعمر وولده الثلث المذكور والقيام به، بحيث يكون [87 ب] ما استغل منصور ومن شاركه في وراثته أبيه من مناب سليمة المذكورة في مقابلة الوصية المذكورة رأساً برأس، ويكون متروك أحمد المذكور بينهم على فرائض الله تعالى أحماًساً دون مراعاة وصية، بحيث صارت بينهم عدماً كما صار الاستغلال. كذلك اتفقوا على ذلك ورضوا به وانفصلوا على الموطن المذكور وانبراهم. فمن حضرهم وسمع منهم ما عنهم فيه على

(1) القرآن : البقرة 181.

معنى الإشهاد عليهم في حالتهم الجائزة وعرفهم، قيّد بذلك شهادتهم لسائلها أواخر محرم عام أربعة وتسعين وتسعمائة [994هـ / أواخر ديسمبر 1585 م] محمد السوسي وإبراهيم السوسي .

السؤال بعد افتتاحه : جوابكم بعد تأملكم من النسختين المذكورتين أعلاه، وحالة المسألة أن أحمد بن عياد الموصي توفي بإثر تاريخ وصيته المذكورة لمدة نحو ثمانية وثلاثين عاما وورثه أولاده منصور ومحمد وسليمة . والحالة أن سليمة متبعلّة مستغنية بزوج، وحال الأخت مع الإخوة فانفرد أخواها محمد ومنصور باستغلال ملك أبيهم الزيتون والبياض من موته إلى عام اثنين وثمانين وتسعمائة [982 هـ / 1574 م] وقت نزول العمارة السلطانية على برج حلق الوادي فماتت سليمة بالبواب في ذلك الوقت، فكانت مدة استغلال محمد ومنصور نحو ستة وعشرين عاما . فلما أن ماتت قام زوجها سعيد القتادي وابنها منه علي يطلبان حقهما في الملك وفي غلته لأجل المشاححة التي عندهما .

فاستظهر عليهما منصور وفاطمة القتادية وهي زوجة محمد بعد موته بثلاث موصى به من أحمد وهو المنسوخ الأول أعلاه، فوقع بين القبيلين الصلح المنسوخ الثاني، وصار سعيد وولده يأخذون خمس الغلة إلى الآن مدة أحد عشر عاما ونحو نصف عام . والحالة أن المالك لأمره من أولاد سليمة والمالك لأمره من القبيل الآخر حاضر بالبلد عالمٌ باستغلال كل قبيل المستند إلى عقد الصلح المذكور وما غير المدة المذكورة كلها، ومن لم يملك أمر نفسه لنظر أبيه المصالح ومنهم بنت صغيرة لفاطمة القتادية من زوجها محمد في حضانة أمها وبنت متبعلّة من غيره انجرّ لها إرث من إخوتها لأمرها من أبيهم محمد حاضرة البلد أيضا عالمة وما غيرت بشيء . وبين القبيلين المتصالح بعضهما المشاححة في الحقوق وعدم المسامحة كما بين الأجانب، بحيث لا يترك أحد

منهما حقه لأحد ولا يسامح به ولا يطيب نفسه بذلك كحال الأجانب . وكان زائد الأحفاد الموصى لهم ولم يقع منهم قبول للوصية المذكورة حتى ماتوا . فهل الصلح المذكور صحيح ويمضي بينهم على من عقده وعلى من لنظره من ولد صغير ومحضون وعلى من سمع به وسكت المدة المذكورة بلا مانع من المالك لأمره؟ وأمر العلة وأثر الملك تعارفه بينهم لا يخفى عليهم قدر ذلك لأنه نحو ثلاثين زيتونة ونحو ثلاثة مراجع بياض ودار . وإذا ادعى المالك لأمره عدم العلم بالصلح ولا بالاستغلال المستند إليه فهل يُقبل ذلك أم لا؟ وإذا قلتم إن الصلح باطل الثلث لأنه غير مقبول، أو يصح ولا يوهنه عدم القبول؟ جوابكم والسلام .

فأجبتُ بما نصه : وعليكم السلام ورحمة الله تعالى وبركاته ، الحمد لله ، تصفحتُ النسختين المكتوبتين أعلاه والسؤال الذي بعدهما ، وإذا كان الأمر على ما وُصِفَ ، فاعلم أن شرط تقرر الملك للموصى له ونفوذ الوصية له قبول ما أوصي له به على المشهور ، وبه الفتوى ، ولا يتصور [88 أ] قبول الموصى لهما في النازلة إلا بعد وجودهما ، فحيثُ يقبل لهما أبواهما ويحكم لهما بما أوصي لهما به وبغلته حينئذ . هذا محصول جواب غير واحد من الشيوخ في نظير النازلة ، وهذا لأجل أن الوصية من جنس العطايا إلا أنها معلقة على موت معطيها حكماً ولم ينص عليه .

قال في المختصر : قبول المعين شرط بعد الموت ، فالملك له بالموت . فقد جعل ملك الموصى له المعين للموصى به يتعذر بموت الوصي ، لكنه يتوقف على قبوله توقف المشروط على شرطه ، وهو مؤثر بجانب العدم . وتقييده القبول المذكور بالموصى له المعين يقتضي قصر الشرطية عليه ولا يقوم مقامه فيه وارثه ، وإلا لما ظهر من دليل

الخطاب الأول أثره، والقاعدة أثر بته هذا خلف لا يقال قاعدته ديباجتهم اعتبار الشرط فقط، لأننا نقول ذلك لزوماً وغير جواز على ما حققه بعض المتكلمين عليه، لكنه يعكّر بأصل الكتاب وبما قاله الشيخ أبو عبد الله المغربي في ترتيب القواعد وصاحب النهاية .

وحاصل ذلك : إن لم يحصل فيها قبول بوجه فلا إشكال في بطلانها، وإن حصل فيها قبول ما بينة تقوم بوقوعه من ولي الموصى له أو وارثه صحّت ثم تواطؤ القبيلين المصطلحين على الصلح المذكور إن بطلت الوصية بموجبه المذكور فهو باطل لخلو الصلح عن أحد العوضين، كمن رهن في بيع فاسد ظاناً لزومه، وكجّانٍ صالحٍ بماله عن دم الخطأ الثابت بالبينّة ظاناً لزوم الدية . وإن صحّت الوصية بموجبها المذكور فهو لازم للقبيلين معا إذا تعارفوا ما اصطلحوا عليه وكان جلياً عندهم وهو العوضان . ويدخل في الصلح من كان في ولاية المصالح من ولد صغير ومحضون لأن معاوضتهما على من ذكر عاملة، أما الأب فلا إشكال . وأما الحاضر ففي ما قل كعشرين⁽¹⁾ . في ما يخص المحضون على ما به العمل فيهما . وأما الحائز لأمره فسكوته عن عقد الصلح والاستغلال المستند إليه المدة المذكورة في القول قاطع لتعرضه في الصلح، ويلزمه ما اقتضاه وكان الجاري على قاعدة المذهب أن لا حق له في عوض ولا معوض، لكن المصطلحان معترفان له بحقه في المعاوضة، واستغلال مخاصمه بحضوره بالبلد المدة مكذب لدعواه عدم العلم بذلك عملاً بما تقرّر في باب الحيازات . والله تعالى أعلم، وبه التوفيق .

الحمد لله، سئلتُ من تبرسق عن مسألة رجل أتاه رجل من أقاربه يستعطيهِ شيئاً ما إثر مصيبةٍ نزلتْ به من جانب المخزن بأخذ مال منه،

(1) كلمة غير مقروءة بالأصل .

فأعطاه دراهم أعانه بها على ذلك . ثم بعد مدة أصيب المعطي ونزل به مثل ما كان أصاب الأول فأتاه يطلب منه المكافأة للمعونة في ذلك النازل ، فأعطاه بقرة باعها بأقل من الدراهم التي كان أعطى هو لصاحبها . ثم بعد موت دافع البقرة طلب ورثته أخذها فيها فدافعهم بأن مورثهم إنما أعطاه إياها على وجه المكافأة على دراهم هذا السابقة منه لربها ولم يَف ثمنها بقدر الدراهم المذكورة . فهل لورثة صاحب البقرة القيام بها على أخذها ويلزمه ردها والحالة هذه أم لا ؟ والسلام .

فأجبتُ بما نصه بعد افتتاحه : إذا كان الأمر كما ذكر وكانت العادة بينهم مقدرة بالمكافأة في ذلك فلا قيام لورثة معطي البقرة على قابضها عن هبته السابقة [88 ب] عملاً بالعادة المنزلة منزلة الشرط .

قال الشيخ ابن عرفة - رحمه الله تعالى - ومسائل المذهب ناصية على ذلك . اعرف النقل المذكور عن ابن عرفة في الورقة التاسعة والأربعين من الجزء الأول من هذا الكتاب ، وفي ملحقة على الورقة السادسة والعشرين من المباني اليقينية . وهذا لأن الشكوك لا ثواب فيه على المشهور ، وعليه درج في المختصر والشامل . فلهذا علقتُ لازم الثواب وعدم الرجوع في البقرة على تقرّر العادة بالمكافأة فيه أي في الشكوك وهو الدراهم في النازلة . والله تعالى أعلم ، وبه التوفيق .

الحمد لله ، سألني الفقيه علي عبيد في أوائل صفر عام أربعة وتسعين وتسعمائة [994 هـ / أواخر جوان 1586 م] بما نصّه بعد الافتتاح : جوابكم عن سانية مخلّفة عن ربّها وورثها عنه ورثته بعضهم رشداء بالغون وبعضهم صغير مهمل . باع الرشداء أنصباءهم فيها بثمن معلوم لبعض الناس ، وبقي الأمر على ذلك نحو سبعة أعوام . ثم كبرت المهملة وبلغت وتزوجت زوجاً ووكلته على طلب حقها من السانية المذكورة ،

معتقدة أنها لم تزل على حكم الوراثة ولم تعلم بيعها وأثبتت الملك والوراثة بواجب الثبوت. ثم ذكر لها أن بعض الورثة باع نصيبه منها وأثبتت ذلك بوثيقة وأرادت الأخذ بالشفعة مدعية أنها لم يكن لها علم بذلك، والحالة أنها من حين دخل بها الزوج إلى تاريخ القيام لها عام واحد ونصف عام ببيت متزوجها بكراً، والبكر المهملة كما في علمكم لا تُحمل على الرشد إلا بعد عام من تاريخ بنائها بمتزوجها الذي تزوجها على حال البكارة والإهمال، وأيضاً فإنها قريبة البلوغ. فهل لها الأخذ بالشفعة إن ثبت البيع في نصيب بعض الورثة البائعين؟ وهي في ذلك محمولة على عدم العلم وعليها اليمين في ذلك؟ والسلام.

فأجاب عنه بعد الافتتاح: وإذا كان الأمر كما ذكر فلها الأخذ بالشفعة. والله تعالى أعلم. وعظفتُ عليه بما نصه: ما أجب به المفتي أعلاه به أقول. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

الحمد لله، بقية نسخة لم يُوجد أولها:

.... قبل الزيادة وأنها قيمة عدل بالنسبة للحال والوقت لا غبن فيها ولا حيف على جانب الحبس، وثبت جميع ما حكى وذكر لديه أعزه الله تعالى، ووافق الناظر المذكور على ذلك حسبما تضمّنه طابعه بطرته. فبعد موافقة الناظر بثبوت ما ذكر عنده أشهد - حفظه الله تعالى - أنه أمضى للحاج مامي المذكور كراء الحمام المذكور بالمائة وخمسين ديناراً المذكورة مبلغ القيمة المذكورة، يُدفع شطر ذلك موزعاً على أشهر العام المذكور، والشطر الثاني يقتعده ليحاسب به من صائره المذكور. أمضى له ذلك الإمضاء التام بعد موافقة الناظر حسبما اقتضاه طابعه بطرته مستنداً في ذلك لفتوى من متأخري التونسيين بعدم قبول زيادة الضرر إذا كان [89 أ] الكراء الأول بالقيمة لا غبن فيها ولا حيف على جانب الحبس. ولما أفتى الشيخ السيوري في كراء ربّع المساجد

إذا جاء من يزيد فيه بعد أن سكن الأول أنه إذا أولاه من تجوز توليته فعقده جائز لازم إذا رأى ذلك من حسن النظر لا تقبل الزيادة فيه . وحضر الحاج مامي المذكور والتزم كراء الحمام المذكور مدة العام المذكور بالعدد المذكور يدفع لجانب الحبس الشطر على الأشهر كما ذكر ويقتعد العام المذكور بالعدد المذكور يُدرج بجانب الحبس الشطر بالشرط الثاني من صائره المشار إليه . ووقعت الموافقة من الناظر والقاضي على ذلك كله الموافقة التامة حسبما تلقاه شهيدها، وتضمّن ذلك طابع كل واحد منهما حسبما هو بطرته . شهد على إظهار الناظر والقاضي والملتزم بما فيه عنهم وهم بحال صحة وطوع وجواز أمر، واقتضاء طابع القاضي والقاضي بذلك حسبما هو بالطرة بتاريخ أوائل محرم الحرام فاتح شهر عام تسعة وثمانين وتسعمائة [989 هـ / أوائل فيفري 1581 م] . ويتقدم الشهادة أيضا في الالتزام المذكور : شهد بعد أن حضر الفقيه محمد القصيبي المتولي الآن الأحباس ، ووافق أيضا ذلك الموافقة التامة حسبما تضمّنه طابعه أعلاه . وذلك بعد توليته وقدمه لتونس في شهر جمادى الأولى عام تسعة وثمانين وتسعمائة [989 هـ / جوان 1581 م] وشهد بالجميع أحمد بن أبي يحيى الرصاع وعبد اللطيف ابن إبراهيم الأندلسي . وتحت شهادة كل واحد منهما علامة الأداء مثالها شهد به بقلم النائب في التاريخ . وبه ملحق (1) الضرب في موضعين . وبأعلى طرته طوابع الثلاثة والقاضي هو عبد السلام .

الحمد لله ، هذه نسخة رسم كُتِب تحت أصل النسخة المسطورة بمحوه نص هذا الرسم بعد افتتاحه : بعد أن أقيم على الحاج مامي المكتري المذكور أعلاه وطلب في ثلاثة وستين ديناراً نواصر ، وهي مبلغ الزيادة الواقعة على المائة وخمسين ديناراً نواصر مال كُريته المذكورة

(1) بياض بمقدار ثلاث كلمات بالأصل .

في الرسم السابق، المنتسخ بمحوله برسم شهادة شاهدي الحكم المذكور. تضمن هذا الرسم المقوم به التزام الحاج مامي المذكور بقبول الحمام المذكور بمجموع المائتين ديناراً والثلاثة عشر ديناراً النواصر التي هي أصل مال الاكتراء مع مبلغ الزيادة. وتضمن أيضاً اعتراف الحاج مامي المذكور بأن هذا القدر الذي التزم به لا غبن فيه عليه بوجه، وأنه قيمة كريمة الحمام المذكور للعام المذكور مؤرخ بتاريخ متقدم عن أواخر شعبان عام اثنين وتسعين وتسعمائة [992 هـ / أوائل سبتمبر 1584 م]. واستظهر الحاج مامي المقوم عليه المذكور برسم الحكم المذكور في بطلان مطالبته بالثلاثة وستين ديناراً المذكورة. واحتج القائم عليه في لزومها بأمور:

الأول أن هذا التصرف من القاضي إذاك ليس هو على طريقة الحكم وإنما هو تقديرٌ وموافقة، وإذا لم يكن حكماً فلا يحترم احترام الأحكام فيتعقب بعدم قبوله للزيادة في كراء رُبْع الحبس التي جرى العمل بقبولها في أكرية الأحباس لتضمنه تضييع مال على الحبس وتفويته.

الثاني، وهو تسليم كونه حكماً فهو حكم على الحبس والحبس كالعائب والصبي لا بد في الحكم عليه من تسمية البينة الشاهدة بالضرر، وإن لم تُسَمَّ فسخ.

الثالث، أن الحكم تضمن [89 ب] الشهادة على مجرد طابع القاضي في ذلك بمعرفته وهو غير مفيد إلا بالشهادة لفظاً.

الرابع، أن القاضي فضلاً عن الناظر ليس له أن يختار الساكن الأول بما بذل من الكراء الأول ويترك طالب السكنى بالكراء الأكثر، لأن العمل على ما قد جرى بأن أكرية الأحباس على قبول الزيادة لا على البت، فمن زاد في أكريتها قُبِلت زيادته.

الخامس، أن اعتراف الحاج مامي بأن كرية المائتين والثلاثة عشر ديناراً النواصر لا غبن عليه فيها يكذب بيّته بالضرر والغبن في ما زاد على المائة وخمسين.

وأجيبُ عن الأول بأن الحكم ثلاثة أنواع: نقل ملك، أو فسخ عقد، أو تقريره. وتقرير الحاكم العقود الواقعة إذا رفعت إليه ينتزَل في الاحترام منزلة الحكم بها وليس بغيره منجماً، ولا اعتراض عليه منها عملاً بظاهر المدونة وهو قول ابن القاسم واختاره ابن محرز وبه الفتوى، وعلى هذا فلا يتعقب هذا الحكم بما يضمن من تضييع المال المذكور وتقويته، لاستناد الحاكم المذكور في رد الزيادة إلى مقتضى وهو الضرر الثابت الترقب، الذي يتوقع منه خلاء الحمام، والمضرّ من غلته المشار إلى ثبوته عند القاضي في رسم الحكم المسطور. فهذا الضرر المترقب على قبول الزيادة يعارض ما جرى به العمل من قبولها عملاً بقاعدة ارتكاب أخفّ الضررين⁽¹⁾.

وأجيبُ على الثاني بأن هذا المسطور أعلاه حكم للحبس لا عليه، فهو وإن كان حكماً عليه في الحال فهو حكم له باعتبار مايؤول إليه الحال من رفع الضرر عنه، إما بخلائه وإما بقصر غلته. والقاعدة المذهبية اعتبار التقديرات المالية، فيُعطى المعدوم حكم الموجود. وبعد أن سرد بعض المحققين⁽²⁾ أبواباً كثيرة من الفقه تدخُلها هذه القاعدة قال: وهو كثير جداً حتى لا يكاد يخلو منه باب من أبواب الفقه. فتأملاته. تجده، انتهى.

(1) بالهامش إضافة من المؤلف نصها: قاعدة ارتكاب أخفّ الضررين ذكرت في آخر الحجج من البرزلي مرتين وذكرها ابن ناجي في أواخر غصب كبيره في قولها: ومن غصب خشبةً أو حجراً فبنى عليها، إلى آخره. . . . وهي موعبة في فصل ما يندرج في البيع من برنامج الشوارد الذي وضعته على الشامل.

(2) بالهامش تعليق نصه: هو شهاب الدين القرافي في الباب العاشر من كتاب الأمانة. واعرف الملحقه على الورقة 87 من الجزء الثاني من الأجوبة.

وأجيب عن الثالث أن شهدي الحكم قد شهدا على إسهاد القاضي والناظر بما فيه عنهما حسبما صرحا به في آخر رسم الحكم المسطور أعلاه. وزاد ما هو أخص من ذلك وهو أن طابعهما يقتضي ذلك، أي يقتضي الموافقة والتقرير والإسهاد، وهذا غاية المطلوب في الشهادة. ثم وقع منهما أداء الشهادة على ذلك على ما هو عليه حسبما هو مسطور تحت وضعهما بقلم النائب أعلاه.

وأجيب عن الرابع بعد تسليم كون أكرية الأحباس بتونس على قبول الزيادة عرفاً فمن زاد قُبِلت زيادته، فهذا ما لم يكن ضرراً على الحبس بسبب الزيادة الواقعة. أما إذا تُوَقَّعَ بسببها ضرر أرجح منها فلا تُقبل، عملاً بقاعدة «ارتكاب أخف الضررين» وبقاعدة «إعطاء المعدوم حكم الموجود لترقب وقوعه». ويقول بعض حفاظ المتأخرين⁽¹⁾: إنما تقبل زيادة من زاد على القول بقبولها عرفاً، فذلك ما لم يكن المكتري الأول أرجح بوجه آخر، انتهى. والوجه الآخر في النازلة الذي كان به الحاج مامي المكتري الأول أرجح به من صاحب الزيادة، هو الضرر الذي أشهد القاضي بثبوتة عنده، وأنه يخشى منه على الحمام إما الخلاء أو قصر غلته.

وأجيب عن الخامس أن هذا الاعتراف [90 أ] هو شهادة شاهد رسم الحكم المسطور أعلاه، والقاعدة المذهبية «أن الشهادة لا تتجزأ» فإذا أكذبها الحاج مامي في شهادتهما في الحكم فذلك يستلزم تكذيبهما في شهادتهما في ذلك الاعتراف، لأنهما الشاهدان في رسم الاعتراف وفي رسم الحكم معاً. وحينئذ فاعترافه بذلك بشهادتهما تصير المسألة من قاعدة الفرع إذ كرّ على أصله بالبطلان فهو بالبطلان أولى. لأن أعمال اعترافه في تكذيب بينة الحكم يؤدي إلى تكذيبهما في شهادتهما عليه

(1) بالهامش تعليق نصه: هو الشيخ البرزلي في الرابعة والثلاثين من حبس حاويه.

بالاعتراف المبطل لمقتضى الحكم، فيكون اعترافه بالبطلان أولى عملاً بالقاعدة المذكورة. ولو سلم فشاهدا الاعتراف قد رجعا عنه عند الأداء الرجوع التام حسبما هو مرسوم بقلم الحكم تحت وضعهما: وقف عليه شهيداه.

وطالت المنازعة بين القبيلين، واتصلت المرافعة إلى أن عقد الشيخ القاضي بالمدينة في التاريخ - حفظه الله تعالى - مجلساً للبحث في النازلة والنظر فيها بما يقتضيه المذهب المالكي بمحضر شائش الباشا بها في التاريخ للاستراحة من الشغب. فأحضر مَنْ وثق به من فقهاء الوقت بها، لذلك واستُدعي شهيدا الحكم والالتزام للأداء على شهادتهما فأديا الشهادة بما في رسم الحكم المسطور أعلاه، كما هو حسبما وضعت علامة الأداء بذلك تحت وضعهما أعلاه واستثنيا من رسم الالتزام الاعتراف المذكور لعدم تلقيهما تحمّله إذ ذاك، وقرئ ذلك إعلاناً ووقع البحث فيه. وأدلى كلُّ من المقوم عليه - وهو الحاج مامي المذكور - ومن القائم المشار إليه - وهو ناظر الأحباس بالمدينة - في التاريخ بحجة في ذلك، فلم تنهض للحبس حجة في لزوم الثلاثة وستين ديناراً للحاج مامي المذكور بوجه وانفصل المجلس على صحة الحكم المسطور أعلاه، وأن ليس في شهادة الالتزام ما يعارضه بسقوط الاعتراف لعدم الغبن، بسبب رجوع شاهديه عن الأداء به. واتفقت كلمة مَنْ حضر من قاضٍ ونائب ومفتٍ ومحكوم عليه وله على ذلك، وصار الحكم المسطور أعلاه من بابِ المُجمَع عليه فلا يحلُّ نقضه، كما لا يحلُّ نقض المُجمَع عليه، ويحرم على حاكمٍ آخر نقضه، وعلى مفتٍ الفتيا بخلافه في نازلته المذكورة التي مضمناها مسطور الحكم أعلاه، عملاً بما قرره بعض الشيوخ المحققين وسلمه الحفاظ.

وبعد أن كان ذلك كذلك وافق الناظر المذكور على ذلك كله أتم موافقة. وأشهد الشيخ القاضي المشار إليه أنه أمضى الحكم المسطور أعلاه وأقره ووافق عليه موافقة تامة لما تقرّر في صحته وإعماله. فلم يبق على الحاج مامي المقوم عليه بسبب ذلك تباعة ولا مطالبة بشيء من الثلاثة وستين ديناراً النواصر مبلغ الزيادة المذكورة بوجه. وحضر النائب للمحبس المذكور ووافق أيضاً على ذلك وأمضاه وألزم العمل بمقتضاه. شهد على إشهاد الشيخين القاضي والنائب، وعلى الناظر المشار إليه بما عنهم فيه وهو بحال صحة وطوع وجواز أمر في تاريخ⁽¹⁾

[90 ب]

بسم الله الرحمن الرحيم، وصلى الله على سيدنا محمد وسلم.
الحمد لله، رب العالمين حمداً استغرق به جميع المحامد، ويتكفل بالأداء عن واجب الحامد، والصلاة والتسليم على سيدنا ومولانا محمد النبي المبعوث إلى الولد والوالد والصغير، المبعوث بالأفضلية على المقرّ والجاحد، وعلى آله وأصحابه وأزواجه وذرياته وأهل بيته، وتابعهم ما سبّح ملك في سماء، وما سبّح حوت في جوف ماء.

وبعد، فقد ظهر من البحث في الحكم التقريري الذي تشتمل عليه أصل النسخة الأولى ووقع إمضاؤه والموافقة عليه في أصل النسخة الثانية ما أذكره في هذه الكراسة بعد تقديم مقدمة هي كالأساس لما بعدها، ثم أردفها بذكر قواعد الحكم المذكور، ثم نتبع الأجوبة الواقعة في أصل النسخة الثانية وتزييفها، مما تبين به اختلال الحكم واختلال إمضائه المذكور والموافقة عليه بما لا مزيد عليه، ثم نختم بفذلكة في محصل ما تقدّم قبلها. وبالله سبحانه التوفيق، وهو الهادي وحده إلى سواء الطريق، وهو حسبي ونعم الوكيل.

(1) بياض بمقدار سطر ونصف في الأصل.

أما المقدمة، فاعلم أن حكم القاضي الذي رفع الخلاف وتحرم على مفت الفتوى بخلافه في نازلته التي وقع حكم الحاكم فيها، ويحرم على حاكم آخر الحكم بخلافه، هو الحكم المستجمع لشروطه وأسبابه وانتفاء موانعه، واقعا على مقتضى الدليل والسبب والحجة وعلى أصل عمله، غير متهم فيه، لا بمخالفة النص أو الإجماع أو القياس الجلي أو القواعد، أو القول المشهور على القول به أو القول المعمول به كذلك - وسيأتي بحثه أيضا قريبا- ولا بما خلا عن إغذار إلى محكوم عليه أو عن عدالة الحجة المعينة له سبب حكمه ومحلّه، ولا على خلاف السبب كحكمه بالبيع على من لم يبيع، أو بالطلاق على من لم يطلق، بلا حجة تثبت له ذلك السبب أو بحجة مختلفة لفقد شرط أو وجود مانع، إذ «المعدوم شرعا كالمعدوم حسا»، والسلب كالبيع مثلا الصادر من محلّه. لأن البيئة هي التي تعين للحاكم موضع حكمه ليوقعه في محلّه وهو المحكوم عليه، ولأن حكمه بلا حجة كحكمه بعلمه أو بمجرد دعوى خصم، ولا حكمه على غير أصل علمه وحكمه بموضع غير موضع علمه فإذا شافه قاضيا لم يكف في ثبوت ذلك بحكم، لأن أحدهما بغير عمله فلا يؤثر إسماعه وسماعه إلا إذا كانا قاضيين ببلدة واحدة وتحاذيا في طرفي عمالتهما فيعتمد، لأنه أقوى من الشهادة على كتاب القاضي. هكذا في القاعدة السابعة عشرة من قواعد الدعاوى والشهادات من ترتيب القواعد، ولا قضاؤه لنفسه أو لمن يتهم له كولده وزوجته، أو على من يتهم عليه كعدوه.

وحقيقته ما قاله الشيخ شهاب الدين - رحمه الله تعالى - : هو إنشاء إلزام أو إطلاق في مسائل الاجتهاد المتقارب فيها النزاع لمصالح الدنيا، فالإلزام كحكمه بلزوم الصداق أو النفقة أو الشفعة. فالإلزام المترتب على سببه وشرطه وانتفاء مانعه هو الحكم. وأما الإلزام الحسي كالترسيم

والحبس [91 أ] فليس بحكم ، لأن الحاكم قد يعجز عنه . ومن الإلزام الحكم بعدم الإلزام ، لأن عدم الإلزام إلزام . كما إذا كانت الواقعة تتعين فيها الإباحة وعدم الحجر فيحكم بذلك ، والإطلاق كحكمه بإباحة أرض رفعت إليه زال عنها الإحياء فحكم ببقائها مباحة لكل أحد ، فهذا إنشاء إطلاق . وحكمه بأن أرض العمرة طلق ليست وقفاً على أصل مالك - رحمه الله تعالى - .

قال بعض المحققين : ما قاله الشيخ شهاب الدين يرجح قول ابن رشد : إخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام ، وهو راجع إلى الحكم بالصحة أو بالموجب بالمطابقة أو باللزوم . فالأول كالحكم بصحة البيع ، والثاني كالحكم ببيع عبد أعتقه من أحاط الدين بماله ، فهو يستلزم الحكم بإبطال العتق . فحكمه بصحة البيع يدلّ بالالتزام على الحكم بإبطال العتق المتقدم على البيع ، لأنه يلزم من صحة البيع بطلان العتق ، انتهى . فحكم الحاكم إنما يؤثر ويرفع الخلاف إذا أنشأت في مسألة اجتهادية تتقارب فيه المدارك لأجل مصلحة دنيوية فقيد الإنشاء احترازاً من حكم في مواقع الإجماع ، فإن ذلك إخبار وتنفيذ محض ، بخلاف مواقع الخلاف فحكم فيها إنشاءً وهو إلزام أحد القولين الذين قيل بها في المسألة ، ويكون إنشاؤه المذكور إخباراً خاصاً عن الله تعالى في تلك النازلة ، فيكون أخص من الدليل العام المخالف لذلك الحكم ، فيرجع ذلك العام إليه ، ويتخصص ذلك الدليل العام بهذا الإخبار الخاص ، ويبقى ذلك الدليل العام الذي خرجت منه هذه النازلة بهذا الدليل الخاص معمولاً به في ما عدا تلك النازلة التي حكم فيها الحاكم ، فهذا معنى الإنشاء .

وقولنا : في مسألة اجتهادية ، احترازاً عن مواضع الإجماع ، فإن الحكم فيها ثابت بالإجماع فيتعذر فيها الإنشاء لتعيينه وثبوته إجماعاً . وقولنا :

تتقارب مداركها، احترازا من الاختلاف الشاذ الصادر عن المدرك الضعيفة فإنه لا يرفع الخلاف بل ينقض في نفسه إذا حكم بالقول أو بالفتيا المبينة على المدرك الضعيف. وقولنا: لأجل مصلحة الدنيا كالمنازعة في العقود والأملاك والرهون والأوقاف ونحوها من مصالح الدنيا، احترازا من العبادات كالفتيا بتحريم السباع وطهارة الأواني وغيرها، مما فيه اختلاف المجتهدين لا للدنيا بل للآخرة. هكذا وقع في القاعدة السادسة عشرة من قواعد الدعاوى والشهادات من ترتيب القواعد.

ثم الحكم ثلاثة أنواع: إما نقل ملك في مملوك عن ملك مالك إلى مالك آخر، وإما فسخ عقد تقدم من عاقده، وإما تقرير عقد تقدم كذلك. فإذا رفعت إليه واقعة حادثة فأجازها وأقرها فتقريره للواقعة حكم منه بالواقع فيها، كما إذا زوجت امرأة نفسها بغير إذن وليها ورفع ذلك إلى قاضي فرآه جائزا، يعني فحكم برأيه إن كان مجتهدا أو برأي إمامه المجيز لذلك إن كان مقلداً لذلك الإمام. فأصل ابن القاسم أن تقريره عليه كالحكم به وليس لغيره فسخه. واختاره ابن محرز وهو ظاهر المدونة خلافا لعبد الملك بن الماجشون [91 ب].

قلت: وعلى أصل ابن القاسم درج المختصر والشامل، بخلاف ما إذا قال: لا أجزه أو قال: لا أجز الشاهد واليمين، فهذا منه فتوى وليس بحكم، فلغيره من الحكام أن يتعقب قوله «لا أجزه» اتفاقا، قاله الشيخ شهاب الدين، وقال ابن محرز: لا أعلم فيه خلافا. قلت: وعليه درج في المختصر والشامل. وبخلاف تصرفه بالعقود بمقتضى ولايته كبيعه واشترائه في أموال اليتامى المهمكين وأموال الغائبين والمجانين، وكعقده النكاح في من بلغ من المهملين ومن لا ولي لها من النساء، وكعقود الإجازات على الأيتام وعقود الأكرية في أملاكهم ونحو ذلك.

فهذه التصرفات في الأعيان والمنافع ليست بحكم في نفسها البتة، ولغيره من الحكام النظر فيها، فإذا وجدها بالثمن البخس أو بدون أجره المثل أو المرأة مع غير كفاء فله نقل ذلك على الأوضاع الشرعية. وبخلاف إثبات المطالبة كإثبات مقدار قيمة المتلف وإثبات الديون على الغرماء وإثبات نفقات الأقارب والزوجات وإثبات أجره المثل في منافع الأعيان. فإثباته لجميع هذه الأسباب ليس حكماً بل لغيره أن يغيّر ذلك المقدار من أجره أو نفقة أو غيرهما، وبخلاف إثباته للحجاج المعينة لأسباب الاستحقاق كإثبات البيّنات ممن أقالها وكإثباته بالإقرارات من الخصوم فإن هذه حجاج تعيّن أسباباً مقتضية لاستحقاق مسبباتها، ولا يلزم من كون الحاكم أثبتها أن يكون الإثبات حكماً، بل لغيره أن ينظر في ذلك فيبطله أو لا يبطله، فإذا اطلع في الحجة على خلل تعقبه، ولا يكون ذلك بالإثبات السابق مانعاً من تعقب الخلل في تلك الحجاج. إلى غير ذلك مما استقصاه الشيخ الشهاب والقاضي البرهان.

إذا تقرر هذا، فحكم القاضي يتوقّف على وجود مدركه وهو مستنده ودليله وسببه وشرطه وانتفاء مانعه، فدليله هو النص المحكم أو الإجماع والقياس الجليّ أو قاعدة من القواعد أو إجماع الخلفاء على القول به، وإجماع أهل المدينة كذلك إلى غير ذلك. وأنهيتها إلى عشرين مدركاً وهي أدلة مشروعية الأحكام من القضاة، فإذا خالف واحداً منها وجب نقضه.

فالأول: كحكمه بشفعة الجار، فإن الحديث الصحيح نصّ وارد في اختصاصها بالشريك ولم يصح له معارض.

والثاني: كحكمه بالميراث كله للأخ دون الجد، فإن الأمة كلها على قولين: قيل: المال كله للجد، وقيل: يُقسم بينهما. أما حرمان الجد بالكلية فلم يقل به أحد من الأمة.

والثالث: كحكمه بشهادة النصراني، فإن الفاسق لا تُقبل شهادته فالكافر أحرى لأنه أشدّ منه فسوقاً وأبعد عن المناصب الشرعية. قالوا: فحكم الحاكم في هذه المواطن ينقض ولا يقر⁽¹⁾. قال الشيخ شهاب الدين - رحمه الله تعالى - : وإن كان مفتياً لم نقلده، قال: لأنه حكم على خلاف الدليل. قال: وهذا ما لم يكن لها معارض راجح عليها، فإن كان لها معارض راجح عليها وكان الحكم من الحاكم وقع على وفق ذلك المعارض فلا ينقض، كأن يكون معارضها الراجح إجماعاً، كالقضاء بصحة عقد القراض والمساقاة أو السلم أو الحوالة أو نحوها، فإنها على خلاف النصوص والأقيسة والقواعد، لكن لأدلة خاصة مقدمة على النصوص والأقيسة والقواعد.

تنبيهان: في معنى دليل [92 أ] الحكم ومستنده المجمع عليه حيث ينقض الحكم لمخالفة القول المشهور. فإذا خالف حكم القاضي القول المشهور في مذهبه وكان مقلداً فحكمه منقوض. قال في تذكير الغافل: قال المازري: تتصور التهمة في حق المفتي كما تتصور في حق القاضي والشاهد. ولقد سئلت عن مفت أفتى على عدوّه وحكم القاضي بذلك. فأجبت: إنه إذا كانت النازلة مختلفاً فيها فأفتى من المشهور من المذهب وبما عليه رأى الشيوخ وحكم بحكم مضى على اضطراب في هذا الأصل، وإن أفتى بغير المشهور من المذهب لم يمض الحكم وكانت جرحاً على المفتي إذا شهد عليه. ونقله الشيخ البرزلي في الثامنة وعشرين من أفضية حاويه، وفي أول صلح حاشية الشيخ أبي مهدي عيسى الغبريني وسلمه. عن نوازل أصبغ: في من شهد لابنه ولأجنبي بحق فدفعه الغريم حين شهد الأب وظن أن ذلك يلزمه، أو دفع للأجنبي حصته وحكم عليه القاضي بذلك، فلما اقتسماها هو والابن وبأن به

(1) ذكر المؤلف سابقاً أنه أنهاها إلى عشرين من المدركات ولكنه لم يذكر منها إلا ثلاثة.

الأجنبي طلب الغريم نقض ذلك، وتكلم في شهادة الأب. قال أصبغ: له ذلك ويرد الحكم لأنه خطأ، انتهى.

قلت: وجه الاستدلال منه أنه حكم استند إلى شهادة جمعت ما فيه تهمة وما لا تهمة فيه وهي شهادة الأب، والمشهور بطلانها بحيث أعملها القاضي وحكم بها في لزوم حصة الأجنبي، فقد خالف المشهور وهو بطلان الشهادة كلها للتهمة في بعضها. ونحوه وقع في ثلاثة إقرار الحاوي في مسألة وصية الشيخ ابن عرفة بجمع مال له ولا وارث له، ووقع الحكم فيها من قاضي الجماعة تلميذه الشيخ أبي المهدي عيسى الغبريني بردها مستنداً للمشهور في المسألة، محتجاً بأن الذي عليه عمل القضاة - قضاة المغرب من قائم الزمان الأخذ بمشهور مذهب مالك - رحمه الله تعالى - وأنه لا يتعدى سير من قبله من القضاة. قال الشيخ البرزلي: ووافقه على ذلك من حضره من الفقهاء وأنا معهم فصار الأمر على ذلك، انتهى.

قال القاضي البرهان في قواعد ابن الحاج: لا يجوز للحاكم ولا للمفتي أن يعدل عن المشهور، بهذا جرى العمل بإفريقية، ونسمع أن ملوكها حجروا على قضاتها أن لا يحكموا إلا بالمشهور أين وجدوا دليلاً. ومن دليل الحكم ومسنده ومدركه: القول المعمول به، فإذا خالف حكم القاضي القول المعمول به في مذهبه عند أهل العمل وكان مقلداً فحكمه منقوض أيضاً. وقد أصّل القاضي البرهان - رحمه الله تعالى - أن القول إذا جرى به العمل فإنه يترجح بذلك للفتيا والأحكام على مقابله ويكون هو المفتى به. ومقتضى هذا أنه يتقدم على القول المشهور فيهمل القول المشهور ويعمل بالقول الذي جرى به العمل وحينئذ فيكون الحكم إذا خالف القول الذي جرى به العمل يجب نقضه أخرى، لأن هذه الخاصية إذا ثبتت للقول فالمعمول به أولى لأنه أعلى

مرتبة من القول المشهور، حيث يقدم للعمل به على القول المشهور فتدبر ذلك .

الثاني أن الحجاج التي يستند إليها الحاكم في إيقاع حكمه هي أدلة وقوع الأحكام، على ما مرّ من كلام الشيخ الشهاب، والبحث السابق في أدلة مشروعية الأحكام، وهي الكتاب والسنة والإجماع [92ب] وإجماع الخلفاء وإجماع أهل المدينة وغير ذلك وهي عشرون نوعاً. وأما أدلة وقوع الأحكام وهي الحجاج التي تعين للحاكم سبب حكمه الشرعي وهو المحكوم به ومحله وهو المحكوم عليه كما مرّ. قال الشيخ شهاب الدين - رحمه الله تعالى - وهي سبع عشرة حجة : الشاهدان، والشاهدان واليمين، والأربعة في الزنا، والشاهد واليمين، والمرأتان واليمين، والشاهد والنكول، والمرأتان والنكول، وأربعة أيمان في اللعان، وخمسون يمينا في القسامة، والمرأتان في عيوب النساء، واليمين وحدها فيتحالفان ويقسم بينهما فيقضى لكل واحد يمينه، والإقرار، وشهادة الصبيان، والقافة في أولاد الإماء، وقمط الحيطان وشواهدا واليد⁽¹⁾.

فهذه هي الحجاج التي يُقضى بها الحكم، وما عداها لا يقضى بها عندنا. ثم لا نتكلم عليها وعلى مواضعها حجة بما لا يسعه هذا المختصر فمن شاء فليطالع كلامه. وأما الاستناد إلى علمه في الحكم فغير معتدّ به اتفاقاً. قاله الشيخ أبو عبد الله المغربي في القاعدة السابعة عشرة من قواعد الدعاوى وترتيب القواعد، لأن علمه ليس بمعدود من الحجج المسطورة، وإليه الإشارة بقول المختصر والشامل: لا يُحكم بعلم سبق مجلسه. وأما ما وقع به الإقرار في مجلسه من أحد الخصمين بين يديه فمذكور في الباب الخمسين من كلام القاضي البرهان. وأما

(1) كذا وردت الجملتان في الأصل .

سبب حكم القاضي فهو المحكوم به كالباع أو الابتياع وهو ما تقوم به البينة أو إحدى أخواتها من الحجج على محل الحكم، كالبينة على زيد بأنه باع كذا أو طلق زوجته فلانة أو نحو ذلك.

قال بعض المحققين: كل حكم شرعي له سبب شرعي، وكل واحد من الحكم الشرعي وسببه الشرعي حصلت مشروعيته بأمر اجتهادي أو تقليدي، والحجة التي يعتمدها القاضي كالبينة وأخواتها وهي السبع عشرة حجة معينة له السبب الواقع ومحلّه وهو المحكوم عليه. فإذا علم القاضي مشروعية الحكم وسببية سببه وتُعيّن له محلّ ذلك السبب بالحجة الموضوعية لتعيين ذلك في الشرع واستوفى ما هو مطلوب به في مدارك حكمه من إعدار وغيره، ألزم حينئذ ذلك الحكم بمحل سببه، انتهى. وبعد أن ذكر الشيخ شهاب الدين أن قضاء القاضي على خلاف المدرك باطل منقوض ولا ينفذ، وسلّمه الشيخ أبو عبد الله المغربي، قالوا: وكذلك إذا حكم على خلاف السبب كقضائه بالبائع على من لم يبيع، أو بالطلاق على من لم يطلق، هذا قضاء على خلاف الأسباب، فمتى اطّلع على ذلك وجب نقضه عند الكل. ووقع لهما في القاعدة الثالثة عشرة من قواعد الدعاوى والشهادات أن «وقوع الحكم قبل سببه غير معتدّ به» فسبب الحكم هو متعلق الحكم والإلزام، كالباع أو الطلاق الصادر من زيد مثلاً، والحجة وهي البينة أو الإقرار مثلاً، هي المعينة للقاضي ذلك السبب ومحلّه وهو زيد المحكوم عليه الصادر منه ذلك السبب.

فالحجاج هي أدلة وقوع الأحكام وهي السبع عشرة حجة المذكورة. وأما أدلة [93 أ] مشروعية الأحكام فهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس وإجماع الخلفاء وإجماع أهل المدينة وغير ذلك. قاله الشيخ الشهاب وسلّمه أبو عبد الله المغربي قالوا: والمتفق عليها الكتاب والسنة

والإجماع، انتهى. قال بعض المحققين: فحكم القاضي إنشاؤه، أي إلزامه لمحل السبب حكم الشرع المرتب بالجعل الشرعي على ذلك السبب، فإن طابق الحكم المشروع بسببه وحجته صح وإلا فلا. وأما شرطه فكعدالة البيئة مثلا وكسلامة الإقرار من موانعه كحجر وجنون وكل الأعذار، فإنه شرط في الحكم. وحقيقته هو سؤال الحاكم من توجه عليه فوجب حكم هل له ما يسقطه؟ ولفظه: أبقيت لك حجة؟ فإذا قامت للطالب المدعي بيئة وزكيت أو علم عدالتها وأراد أن يحكم بينهما فيعذر للمحكوم عليه بقوله: أبقيت لك حجة؟ فإن قال: لا، يحكم عليه بسببها، وهو ما شهدت عليه به تلك البيئة. وإن قال بلى⁽¹⁾ تلوم له على ما تقرّر في محله ويختلف التلوم. هذا كلام الشامل وغيره، غير أن بعضهم يجعل الإعدار مركبا من قول وهو ما ذكر، ومن فعل وهو إعطاء النسخ من البيئات والتأجيلات، وبعضهم يقول: بل هو بسيط وهو ما مرّ تعريفه ولفظه، وإعطاء النسخ والتأجيلات إنما هو حيث يشبهها⁽²⁾ المحكوم عليه ويدّعي بقاء حجة له، وفي ذلك مباحث لا يسعها هذا المختصر. قال القاضي ابن أبي الدنيا: الإعدار شرط في الحكم، فالحكم دونه باطل. وقال الشيخ أبو عبد الله الأبي إن لم يعذر القاضي للمحكوم عليه فالأظهر فسخه لأن الإعدار شرط في التنفيذ. وقد نصّ الشيخ ابن عرفة على أن حكم القاضي يتوقف على الإعدار إجماعا، وكرره في مختصره، ونقله الشيخ ابن ناجي في كبيره وسلمه مقتصرا عليه.

وأما انتفاء مانعه فلأن المانع مؤثر بجانب وجوده، فإنه يلزم من وجوده انعدام ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم، هذا على القول بأن عدم المانع شرط، وعلى القول بأنه ليس كذلك وهو التحقيق. وهنا

(1) إضافة يقتضيها المعنى.

(2) كذا بالأصل.

مباحث لا يسعها هذا المختصر . ومثال المانع كعداوة بين البيعة وبين المحكوم عليه فإن العداوة مانعة سبب وهو معتبر اتفاقاً . قال الشيخ ابن عرفة : العداوة موثرة في المانعية اتفاقاً ، انتهى . ووجهه ما قلناه . وعلى هذا فهي مانعة من قبول الشهادة ، وكجنون المقر وحجره فإن ذلك يطل الإقرار ، قاله ابن عرفة : المانع هو ما قام دليل على إيجابه رفع ما يثبت مقتضى ثبوته ، فتدخل العداوة ، فمصدوقها الأولى هو المانع كعداوة مثلاً ، وعليه يعود ضمير إيجابه أي هو شيء قام دليل على إيجاب ذلك الشيء . قال : دليل على أيجابها رفع الشهادة ، ومصدوق لفظ مقتضى هو المشهود به كالمال مثلاً أو كالبيع ، وضمير ثبوته عائد على ما الثانية ، وتقدير المانع كالعداوة هو شيء قام على أن توجب رفع الشهادة التي ثبت المال المشهود به الذي ثبوته هو مقتضى ثبوت الشهادة ، لأن ثبوت الشيء المشهود به هو مقتضى ثبوت الشهادة . فقد قام دليل شرعي على أن العداوة مثلاً أوجبت رفع [93 ب] شهادة ثبت مقتضى ثبوتها ، ومقتضى ثبوت الشهادة هو ثبوت الشيء المشهود به من مال أو غيره . فخرج بقيد ثبوت الشهادة التي ثبت مقتضى ثبوتها الرجوع عن الشهادة فإنه لا يسمى مانعاً عرفاً ، لكونه لم تثبت معه الشهادة ، فهو رافع للشهادة لا لمقتضى ثبوتها بل رافع لها نفسها ، ويلزم من رفعها رفع المشهود وهو مقتضى ثبوتها . وأما المانع فلم يرفع الشهادة وإنما رفع مقتضى ثبوتها وهو المشهور فقط فاعرفه .

إذا تقررت هذه المقدمة فنقول : اشتملت النسخة الأولى على تقرير القاضي لكرية الحاج مامي بالمائة وخمسين ديناراً وعلى رده لزيادة على الثلاثة وستين ديناراً ، واستند في تفرره إلى كون علي قصد بزيادته الضرر بالحاج مامي وبجانب الحبس على ما ادعاه عليه خصمه الحاج مامي ، وقد تمهد في المقدمة أن القاضي إذا رُفعت إليه قضية حادثة

فأقرها فتقريره للحادثة حكم منه بالواقع فيها، وهذا الحكم التقريري قد استند فيه الحاكم إلى مجرد دعوى الخصم - وهو الحاج مامي - الذي ادعى على غريمه علي أنه قصد زيادته الضرر به وبجانب الحبس . فأعمل القاضي المذكور دعواه وحكم له بمقتضاها فإمضاء كرية بالمائة وخمسين وتقريرها، وإسقاط الزيادة المذكورة دون قيام بيّنة بتلك الدعوى على علي أو إقرار من محلّه سليماً عن المعارض، أو استند إلى علمه الحاصل له من إخبار ناظر الحبس وإطلاعه إياه على الدعوى المذكورة وكلاهما لا يصح الاستناد في الحكم إليه .

أما الأول: فلأنه حكم بلا حجة شرعية معينة للحاكم محلّ حكمه وسببه . وأما الثاني، فلأن علمه الحاصل بإخبار الناظر عن دعوى الخصم لا يصح الاعتماد عليه اتفاقاً، وقد مرّ ذلك في المقدمة ونزيده وضوحاً فنقول: يجب نقض هذا الحكم التقريري من أربعة أوجه، أولها أن حكم القاضي لا بد أن يستند إلى الحجة الشرعية وهي إما شهادة أو إقرار، قاله القاضي البرهان وكلاهما في النازلة مفقود . وأما حكم القاضي بعلمه السابق فخاص بالتعديل والتجريح . وقد ذكرنا في المقدمة إنه يُفسخ ويُنقض ما استند فيه إلى علمه لأنه خلا عن حجة، إذ علمه ليس بحجة شرعية، على أنه لم ينصّ في حكمه التقريري على الاستناد إليه ولو اعتمده لنقض، وإنما كان لا بدّ في حكم القاضي من الاستناد إلى الحجة الشرعية لأنها هي سبب حكم القاضي الذي يعين له سبب الحكم الشرعي ومحلية محلّه، وأنه إذا شهدت بيّنة على زيد بأنه باع كذا لفلان، أو على عمرو بأنه طلق زوجته فلانة، كان البيع المشهود به هو سبب الحكم الشرعي، وكان محلّه هو زيد مثلاً، وكانت تلك البيّنة هي التي عينت للقاضي سبب الحكم ومحلية محلّه، فيوقع القاضي الحكم الشرعي وهو إلزام السبب المذكور على محل السبب المذكور،

أي يلزم زيدياً وهو المحلّ المحكوم عليه، ذلك السبب الذي عينته البينة وهو البيع الذي هو نقل الملك عنه إلى المبتاع. وكذلك القول في الطلاق المشهود به، وكذلك الحكم بالقول في الضرر المدعى في النازلة، إنما تعينه البينة وتعيّن محله وهو علي فيلزم القاضي حكم السبب أي إلزام حكم [94 أ] الضرر، وحكمه هو خطره بعدم قبول زيادته لأنها أفضت إلى ضرر هو أعظم من ردّها، لكن لم تقم بينة تشهد، الحكم خلا عن بينة تعيّن السبب ومحله⁽¹⁾.

وحاصله، إذا وُجد سببٌ حكم القاضي المعيّن لسبب الحكم ولمحله الشرعي ووجد شرطه وهو العدالة وانتفاء مانعه كالعداوة ووقع الإعذار الذي هو شرط أيضاً أوقع حينئذ القاضي حكمه وهو إلزام الحكم الشرعي لمحله الشرعي. فسبب حكم القاضي هو الحجة، أي البينة أو إحدى أخواتها وهي معيّنة لسبب الحكم الشرعي، وهو مثلاً وقوع البيع من زيد أو الطلاق من عمرو لأن العقود كلها أسباب شرعية إجماعاً، قاله الشيخ شهاب الدين - رحمه الله تعالى -.

وكذلك الضرر من الزائد بزيادته في النازلة هو سبب حكم شرعي، ومحلّ هذا السبب هو زيد أو عمرو مثلاً المحكوم عليه بوقوع ذلك السبب منه وإلزامه إياه لتترتب عليه ثمرات الملك كالضرر المدعى في النازلة، ولو قامت به بينة فهي سبب حكم القاضي معيّنة لمحله حكمه، فإذا تعيّن بها السبب المحكوم به ومحلّه - وهو علي المحكوم عليه - خلا عن مانع وتوفرت شروطه من عدالة بينة وإعذار ألزم القاضي حينئذ حكم السبب المشهود به لذلك المحل المشهود عليه وهو علي، لكنها مفقودة في النازلة، فلم يكن فيها إلا مجرد دعوى الخصم وهو الحاج مامي، فقد وقع الحكم المذكور في النازلة على خلاف السبب بل بلا

(1) كذا وردت الجملة بالأصل.

سبب أصلاً إلا مجرد دعوى، ولو قامت بينة مختلّة بعقد شرطها أو بوجود مانعها لكان حكماً أيضاً على خلاف السبب، إذ القاعدة أن «المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً». فهذا الحكم حيث وقع بلا بينة معينة للسبب المحكوم به ولمحل المحكوم عليه صار كالحكم بالبيع على من لم يبيع، أو بالطلاق على من لم يطلق. إذ لا فرق بين أفراد المحكوم عليه من حيث هو محكوم عليه ولا بين أفراد المحكوم به كذلك، وعلى قائل بأنه لم يقصد زيادته ضرر أحد وإنما تسقط عن الحاج مامي الملتزم بها لأجل قصد علي بها الضرر، ولا يعينه للضرر إلا البينة أو الإقرار وكلاهما مفقود. فقد صار حكماً من القاضي بالضرر على من لم يضر لأن كونه أضر بزيادته المذكورة إنما ثبت بالحجة وهي البينة أو الإقرار، وكلاهما مفقود كما بيناه. فهذا حكم تقريرى عراً عن سببه وعن الحجة المعينة للسبب فيجب نقضه إجماعاً، لأن الحكم إذا وقع على خلاف السبب يجب نقضه إجماعاً كما مرّ تقريره وتحصيله في المقدمة عن الشيخين شهاب الدين وأبي عبد الله المغربي - رحمهما الله تعالى - . وقد مرّ هنالك أن الحجاج هي أدلة وقوع الأحكام، فإن اعتذر عن هذا الحكم معتدراً بدعوى أن هنالك بينة على علي بقصده الضرر وأنه مضارّ ما وقع في كتاب الحكم المسطور نسخته الأولى أن كاتبها لم يسمها.

فالجواب عن هذا الاعتذار أن نقول: هذه دعوى الأصل عدمها، والاعتذار بها اعتذار على خلاف الأصل، وموافقة الكتاب لما في الخارج هو الأصل أيضاً. فمن ادعى خلاف الأصل في الطرفين فعليه البيان وإلا فالأصل البقاء على الأصل. ولو سلمت هذه الدعوى وقُبِل هذا الاعتذار الناشئ عنها لكان لنا أن نقول: الحبس تعلق له بالزيادة المذكورة التي التزم بها الحاج مامي، والحبس مما يبقى له الإعتذار، لأنه لا تعجيز [94 ب] فيه على المذهب، ومحل حكم يبقى فيه الاعتذار. فيجب

على الحاكم أن يسمي فيه البينة المحكوم بها ولا يدع تسميتها، قاله القاضي البرهان - رحمه الله تعالى - والمشهور من نقل الشامل فسخ الحكم على الغالب إن لم تتم البينة فيه، زاد القاضي البرهان في أواخر الركن الخامس المذكور: وهو رأي ابن القاسم - رحمه الله تعالى -، انتهى. وعلى هذا يكون كذلك كل ما هو مثله بما يبقى فيه الإعدار كالحبس والصبي لقول القاضي البرهان في آخر الركن الخامس المذكور: والصبي كالعائيب فيفسخ حينئذ هذا الحكم من هذا الوجه على المشهور، بحيث إن المعتذر بهذا الاعتذار عن هذا القاضي ما الذي فرَّ إليه بأحرى مما فرَّ منه، فإنه فرَّ من قبيح الحكم بخلوه عن حجة تُثبتُ سبب الحكم ومحله، ليسلم من إيقاع حكمه على غير سببه وعلى غير محله إلى فسخ حكم على حكم يجب له بقاء الإعدار بسبب خلو الحكم عن تسمية البينة المحكوم بها على الحبس.

فهذا المعتذر في اعتذاره المذكور كالمستجير بالرمضاء من النار. لا يقال: هذا الحكم إنما هو حكم للحبس لا عليه، لأنه وإن كان عليه في الحال فهو حكم له باعتبار ما يؤول إليه الحال من رفع الضرر عنه بقصر غلته أو بخلائه رأساً، لأننا نقول هذا الوهم أورده شهود نسخ النسخة الباقية جواباً عن المبطل الثاني من مبطلات رسم الحكم، وهو خطأ لأنه إنما يتحقق كونه حكماً للحبس لو قامت بالضرر بينة، والواقع في الحكم إنما هو خلو عن قيام بينة بذلك، وإعمالٌ بمجرد دعوى المدعي. وقاعدة تعارض الضررين معناها مع ثبوت الضررين معاً لا مع توهمهما ولا بمجرد الدعوى بهما. وقاعدة إعطاء المعدوم المترقب الوجود حكم الموجود معناه إذا ثبت أنه يترتب ذلك المعدوم المقدر على هذا المقدر عليه، وإنما احتيج إلى البينة لأجل أنها معيّنة للقاضي بسبب حكمه ومحله ليقوع القاضي حكمه بذلك السبب على محله المعين،

والمعين له ذلك إنما هو البيّنة على ما مرّ في المقدمة . على أن دعوى الحاج مامي أن علياً قصد ضرره وضرر الحبس بزيادته قد أبطلتها بما أشهد به بعدها من التزامه بجميع المائتين والثلاثة عشر ديناراً، إلا أن التزامه بذلك مؤرخ بتاريخ متقدم عن شعبان عام اثنين وتسعين وتسعمائة [992 هـ / أوت 1584 م] حسبما هو في صدر النسخة الثانية . والحكم وموافقة الناظر الكركوري مؤرخان بأوائل محرم عام تسعة وثمانين وتسعمائة [989 هـ / أوائل فيفري 1581 م] فالتزامه بأداء الزيادة بعد الحكم الذي بيده مُسقط لتمسكه به فاعرف ذلك .

ثانيهما: أن هذا الحكم التقديري كما خلا عن حجة ، وهو بيّنة معينة له سبب الحكم ، وهو الضرر المدعى المحكوم به على محل السبب ، وهو المحكوم عليه ، فقد خلا أيضا عن إعدار إلى مقدم يقدمه القاضي على جانب الحبس للإعدار في ذلك ، لأنه حكم عليه بحسب الحال والمآل لفقد بيّنة الضرر الرافعة لضرر المآل وعن إعدار فيها إلى علي المحكوم عليه بقصد الضرر بالزيادة المذكورة ، فحكمه قد خلا عن بيّنة وعن إعدار فيها إلى المحكوم عليه قطعاً . وقد قررنا في المقدمة أن الإعدار شرط في الحكم ، فالحكم دونه باطل ، وأنّ حكم القاضي يتوقف عليه إجماعاً بما أغنى عن إعادته فهذان الوجهان كما قد رأيت انتقضا ، كل واحد منهما نقض هذا الحكم بالإجماع . فالمدرّك حينئذ في نقضه إجماعي . وإذا كان القاضي المقلد يلزمه في حكمه أن لا يحيد عن القول المشهور متى وجده ، على ما مرّ في المقدمة ، فما بالك [95 أ] بمحلّ الإجماع ، وقد مرّ في المقدمة أيضا أن ما خالف الإجماع يجب نقضه ولا إشكال . ففي كل من هذا الوجه ومن الوجه الأول الذي قبله مدرّك نقض الحكم إجماعياً كما ذكرنا ، لكن الفرق بينهما أن علة الإجماع نقضه في الوجه الأول هي كونه وقع على خلاف السبب لعروّ الحكم

عن سببه الذي تعينه البيعة. وقد مرّ في المقدمة عن الشيخين الشهاب والمغربي أنّ ما كان على خلاف السبب فنقضه واجب عند الجميع.

وعلة الإجماع في نقضه في الوجه الثاني وهو المتكلم الآن فيه، هو كونه وقع على خلاف الشرط، لأن الإعذار كما قال الشيخ ابن أبي الدنيا: الإعذار في الحكم فالحكم دونه باطل. وهذا لأن الشرط مؤثر في المشروط بجانب العدم فيلزم من عدمه عدم المشروط حكماً وإن وُجد حساً. وقد مرّ عن الشيخ ابن عرفة توقّف حكم القاضي عن الإعذار إجماعاً. انتهى.

ثالثها أنه حكم بما يقتضي تضييع الأموال على أربابها إذا قد اقتضى تضييع مال الحبس عليه وهو ممنوع من الحكم بذلك إجماعاً. وما كان من الأحكام مخالفاً للإجماع فهو منقوض، أما أنه ممنوع من الحكم بما يقتضي تضييع الأموال إجماعاً فلما تقرر في باب الغصب في مسألة ما إذا لقي المغضوب منه غاصبه في بلد غير بلد الغصب وقد نقل معه الشيء المغضوب وهو مثلي. فقول ابن القاسم لا يلزمه إلا مثله في مكان الغصب. قال ابن الحاجب وغيره: ويحال بين الغاصب وبين ذلك المثلي الذي بيده حتى يتوثق منه المغضوب منه بغاصب.

الشيخ ابن عبد السلام - رحمه الله تعالى - : هذا صحيح في النظر ولا يبعد وجود الخلاف فيه، وأظن أنني وقفتُ على ما يدلّ عليه. الشيخ ابن عرفة - رحمه الله تعالى - : كلامه يقتضي وجود القول بعدم الحيلولة بينهما مع عدم التوثق من الغاصب وهو خلاف الإجماع على منع الحاكم من الحكم بما يقتضي تضييع الأمور على أربابها فتأملته انتهى. فالحكم في النازلة قد تضمّن تضييع مال الحبس لخلو حكمه عن بيعة أو إقرار بقصد الضرر تبيح القدوم على التضييع المذكور لعلّة كونه أخفّ

الضررين، إذ لا يبيح له تضييع المال وهو الثلاثة وستون ديناراً الدرهم على جانب الحبس إلاّ البينة بالضرر المفضي ارتكابه إلى ضرر أعظم من تضييع ذلك المال، وهو إما خلاء الحمام رأساً، وإما نقص غلته النقص الفاحش على ما ادعاه الحاج مامي المدعي، وأما كون مخالف الإجماع يُنقض فقد مرّ في المقدمة وهو نص الشيخ شهاب، وسلّمه الشيخ أبو عبد الله المغربي، ونص القاضي البرهان وغيرهما.

ورابعها أن حكم القاضي المذكور قد خالف ما جرى به العمل من القول بقبول زيادة من زاد في أكرية رباغ الأقباس، والحكم إذا خالف ما جرى به العمل ينقض. أما كونه قد خالف ما جرى به العمل فلأن الذي جرى به عمل المتأخرين بتونس قبول الزيادة من الزائد، والقاضي المذكور وشهوده وكاتب حكمه موافقون على هذا القول وجرى العمل به حسبما تضمّن رسم الحكم في النسخة الأولى. وقال ابن عرفة في إجارته، والبرزلي في بيوعه. وأما كونه مخالفاً ما جرى به العمل يجب نقضه فبالأحرورية على مخالف المشهور، لأن القول الذي به العمل مقدّم على القول المشهور في الأعمال حكماً وفتوى، فيكون [95 ب] مخالفه بنقضٍ آخرى. وقد مرّ في المقدمة تقديم هذا بما لا مزيد عليه. وعلى هذا فالحكم المذكور في النسخة الأولى برّد زيادة علي، وهو الثلاثة وستون ديناراً التي التزم بأدائها الحاج مامي وسوّغ له الكراء على التزامه بأدائها، يجب نقضه وعدم احترامه، لأنه وقع على خلاف القول المعمول به من مقلد. لا يقال ينبغي أن يقيد هذا النقص بما إذا لم يعارض القول المعمول به معارضاً، وهنا معارضه موجود وهو قصد ضرر الحبس بقبول هذه الزيادة من الزائد فيصير حينئذ أدى إلى ارتكاب أخف الضررين وهما ردّ الزيادة في الحال، والضرر بخلاء الحمام أو نقص غلته دائماً المترقب في المآل. فخص الضرر الأخف منهما وهو

ردّ الزيادة بالإعمال فارتكب وقدم الأشدّ منهما وهو الخلاء أو نقص الغلة دائما المترقب بالإعمال فاجتنب، لأنّ نقول هذا المعارض إنما هو مجرد دعوى من الخصم ولم تقم به بينة، فصار الحكم بمقتضاه من الحكم على محلّ لم تعيّن محلّيته، وبسبب لم تعيّن سببته لأن الذي يعين محل الحكم وسببه إنما هو الحجة الشرعية المنحصرة في سبع عشرة حجة من تقريرها في المقدمة.

فهو قد حكم حينئذ بالضرر على من لم يضرّ، كما إذا حكم بالبيع على من لم يبيع وبالطلاق على من لم يطلق، وهذا هو الحكم على خلاف السبب، وقد مرّ تقريره بما فيه الكفاية. وما عزاه في رسم الحكم المذكور لفتوى بعض المتأخرين هو قول الشيخ أبي مهدي عيسى الغبريني. قال: الصواب عدم قبول الزيادة في ما يكثر الضرر فيه وذلك في الحمامات والأفران والكوش، فإن معظم كرائها إنما هو للأعياد فيُزاد على المكتري قرب الموسم فيلحقه في ذلك الضرر الشديد، قال: وبه حكمت. ونقل عنه أيضا ما نصه: فالمكتري إنما يكتري في العام لمثل الأعياد والمواسم، فعليه ضرر عظيم إذا قُبِلت عليه الزيادة في رمضان، فإنه الذي يعسر عليه. فرأيتُ من الصواب أنه يشاع أنها تبقى على قبول الزيادة إلى آخر صفر فإذا خرج صفر فلا أقبل بالضرر الذي منع قبول الزيادة لأجله قد فسره بما ذكره وهو كون مقصود المكتري باكترائه زمناً مخصوصاً من العام تتوفر فيه الفائدة لأجله تتحمل فلّتها في زمن سابق عليه، فذلك الزمن هو المقصود بالاكتراء مدخولاً على قصده فصار لذلك كالمشترط عادة. وقاعدة المذهب أن «المشترط بالعادة فهو كالمشترط بالنص لأن العادة كالنص»، فلذلك أصوب عدم قبول الزيادة عليه عملاً بمراعاة المعنى المدخول على اشتراط عادة.

وجاصله أن صيرورة الضرر الذي اعتبر فيه عدم قبول الزيادة هو نصوص ما كان فيه تحمل درك زمن سابق على زمن الزيادة، لا عموم ضرر ما، وهذا المعنى الخاص لم ينصّ عليه في رسم الحكم ولا عرّج عليه ولا حامّ حوله ولا داناه بوجهه . فهذا وجه الرد عليه في تمسّكه بقول الشيخ الغبريني، وذلك أن الضرر الذي اعتبره الغبريني ليس الذي هو في النازلة، فليست النازلة من موضوعه بوجهه . ووجه آخر في رد تمسّكه بقول الشيخ الغبريني هو أن نقول: قول الشيخ الغبريني صريح في أنه تضمّن حكمه بردّ الزيادة للمعنى الذي أشار إليه، وليس بفتوى، فكيف يطلق عليه أنه أفتى؟ وإنما هو حكم كما هو مصرّح به عندي عنه في حكاية [96 أ] الشيخ ابن ناجي، ومنه نقلت قوله المحكيّ أولاً . ووجه آخر وهو أنه قد تقرر في المذهب أنّ الذي به العمل أرجح مما به الحكم، لأنّ ما به العمل أرجح من القول المشهور كما مرّ في المقدمة . وما نقله في رسم الحكم على فتوى الشيخ السيوري من عدم قبول الزيادة في كراء ربع المساجد ليس كذلك، بل الذي نقل البرزلي في حاويه عنه إنما هو أنه أفتى بقبول الزيادة من المزايد في كراء ربع الأحباس بظاهر العموم .

فهذه الأوجه الأربعة اقتضت فسخ الحكم المذكور، فالموافقة عليه حينئذ وإمضاؤه في أصل النسخة الثانية كلاً موافقة ولا إمضاء، لأنه إذا أبطل مستند الشيء وأصله فقد لزم بطلان ذلك الشيء، إذ الحكم الباطل لا تصححه الموافقة عليه، لأن الموافقة عليه إن كانت من حيث ظنّ كونه صحيحاً فقد ظهر نقيضه، وإن كانت من حيث كونه باطلاً فالموافقة على الباطل باطلة، وقصارى الموافقة عليه أن تكون كأصله، وأصله قد تبين أنه لا سند له ولا مدرك، فإمضاؤه مثله . ثم نقول: الأمور الخمسة التي استبدل بها لزوم الثلاثة والستين ديناراً كلها صحيحة نقلاً ومعنى . وأما الأجوبة عنها فغير مقبولة ولا مسموعة .

أما الجواب الأول فقوله : لا يتعقب الحكم الأول بكونه ردّ الزيادة التي جرى العمل بقبولها، فهو في رده ضيّع مالا على الحبس وفوّته لأنه استند في رده إلى الضرر بتلك الزيادة، فيردّ هذا الحكم بالردّ بأنه خلا عن سببه وهي الحجة الشاهدة بالسبب على محله وهي البيّنة بالضرر، وقد مرّ تقريره . ولا بدّ أيضا مع قيام البيّنة بذلك من الإعذار فيها لعلي الزائد وللمقدّم عن جانب الحبس حتى يسقط الإعذار فيها، وقد قررنا أن الإعذار شرط في الحكم فالحكم دونه باطل . قال : الضرر المترتب على قبول الزيادة يُعارض ما جرى به العمل من قبولها فيرتكب أخفّ الضررين .

قلنا : هذا حيث يثبت الضرر الأكبر الذي يسوّغ ارتكاب الضرر الأصغر لأجله، وأما بمجرد دعوى الخصم بخلاف القضية القائلة (لو أعطي الناس بدعاويهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم، ولكن البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر) وهي قضية نبوية اتفافية .

وأما الجواب الثاني أن الحكم المذكور حكم للحبس لا عليه، فهو وإن كان حكما عليه في الحال فهو حكم له باعتبار ما يؤول إليه الحال من رفع الضرر عنه بخلائه رأساً أو بنقص غلّته الخ .

قوله : هو حكم للحبس لا عليه، قلنا : بل هو حكم عليه، وإنما يتعلّق كونه حكماً له مع قيام بيّنة بالضرر المحكوم بمقتضاه، كيف وهو حكم بمجرد دعوى الخصم أو بمجرد علم الحاكم من قوله في رسم الحكم : فظهر للسيد القاضي ما ظهر للناظر فيها، وظهور ذلك للناظر إنما هو من دعوى الخصم، وظهوره للقاضي إنما هو من ذكر الناظر . فحكم القاضي بما ظهر له من نقل ناظر الحبس إليه دعوى الخصم فحكّم بما ظهر له من هذه الحكاية وذلك أثر على ما حصل له من حكاية الناظر لدعوى الخصم وحيثئذ فهو حكم على الحبس حالاً ومالاً

بإسقاط مالٍ له وهو الزيادة المذكورة [96 ب].

قوله : هو حكم باعتبار ما يؤول إليه الحال من رفع الضرر عنه ، قلنا : صحيح لو قامت بذلك بينة وأعذر فيها ، ولم يكن شيء من ذلك . وأيضا فهو حكم على علي الزائد بدون قيام بينة عليه بقصده الضرر وهي البينة ، لكونه محلاً للحكم عليه ولكون الضرر هو سبب الحكم وهي مفقودة ، وإن حكم مستندا إلى علمه الحاصل له من إخبار الناظر فهو معزول عن الحكم بعلمه فحكم منقوض حينئذ على المذهب في هذا وعلى الإجماع في الأول . وقد قررنا ذلك كله في المقدمة وبعدها .

وأما الجواب الثالث : ففي الشهادة على خط القاضي بمجرد معرفته خلاف متكافئ أو كالتكافئ ، ولو سلمه فلا يفيد الحكم صحةً لأنه لا يلزم من الشهادة على القاضي بمقتضى طابعه أو بسماعه الإشهاد منه صحة الحكم المشهود عليه فيه ، كيف وهو قد بطل إجماعا وغيره ؟ وقد تقرر من كلام الشيخ شهاب الدين - رحمه الله تعالى - ونقله القاضي البرهان مقتصرًا عليه مسلماً له أن تنفيذ الحاكم الأحكام الصادرة من حاكم غيره ليس بحكم من المنفذ البتة . وكذلك قول الحاكم : ثبت عندي أن فلانا حكم بكذا فليس ذلك بحكم من هذا المثبت ، قالوا : بل لو اعتقد هذا المثبت أن ذلك الحكم من فلان وقع على خلاف الإجماع صح منه أن يقول : ثبت عندي أن فلانا حكم بكذا لأن التصرف الفاسد والحرام قد يثبت عند الحاكم ليترتب عليه تأديب من حكم أو عزله ، انتهى . فالشهادة في الحكم لا يلزم فيها صحة الحكم من باب لا فارق ، ولا يلزم من الإثبات والموافقة التي اشتملت عليها النسخة الثانية صحة ما تضيّمته النسخة الأولى ولا تصحيحه .

وأما الجواب الرابع : فقد مرّ الكلام في القاعدتين المذكورتين وأنه

لا بد في العمل بهما من قيام بينة بالضرر الأكبر، وهو المقرر الذي يترتب عليه حكم المآل حتى يسوغ العدول عن الضرر الأكبر المآلي أي الضرر الأصغر الحالي. وقول بعض الحفاظ صحيح لأنهم لم يقيموا بينة بالضرر الأكبر الذي رجح به المكتري الأول، وعلى المكتري الثاني ذي الزيادة، وإنما اعتمدتم على مجرد دعوى الخصم ذلك الضرر، أو على علم القاضي الخاطر له من إخبار ناظر الذي تلقاه الناظر من مجرد دعوى الخصم.

وأما الجواب الخامس فمستغنى عنه وعمّا هو جواب عنه، لأن شهيدي الالتزام استثنيا عند الأداء به فصل الاعتراف بعدم الغبن من الحاج مامي المعترف به في المائتين والثلاثة عشر ديناراً وهي الأصل والزيادة، لكن بقي فيه كون الحاج مامي التزم بأداء جملة هذا القدر بعد تاريخ الحكم له المذكور بإسقاطها عنه. وهذا الالتزام منه إبطالاً لتمسكه برسم الحكم لأن التزامه بجملة المال المذكور يستلزم تكذيب بينة الحكم، أو هو بمنزلة من أقر له بحق وهو ينكره. وأما موافقة ناظر الحبس في النسخة الثانية على ما وقع في أصل النسخة الأولى من أعمال كرية الحاج مامي بالمائة وخمسين ديناراً وإسقاط الثلاثة والستين ديناراً المزیدة فهي موافقة لجانب الحبس، لأن الحبس لا تعجيز فيه على المذهب، وهو لو اعترف بالعجز في حق الحبس في ما ذكر وهو أخص من مجرد الموافقة فذلك غير [97 أ] لازم لجانب الحبس، ولمن قام عنه يوماً ما التكلم في ذلك بما وجهناه وغيره، ويتعقب ذلك بما يجب وهذا لازم كونه لا تعجيز فيه.

وقال الشيخ الشهاب والقاضي البرهان: كل تسجيل يتضمن إرجاء الحجة لغائب أو صغير أو حاضر بعدت بيته فللقاضي الثاني تعقبه بما

يجب، انتهى. ولو سُئِمَت الموافقة من الناظر وأعملت فأين الموافقة من علي المحكوم عليه بقصد الضرر وطرح زيادته بذلك؟ وانظر ما قالوه في إسقاط الأب مال ولده الصغير وإبرائه عنه أو تركه القصاص في جراحة بلا عوض وأن ذلك غير لازم للصبي فهو مما يزيد النازلة وضوحاً.

وقوله: فلم تنهض للحبس حجة، قلت: بل حجته ناهضة لعدم قيام بينة على علي بقصده الضرر، فقد وقع الحكم على الحبس بإبطال حقه من الزيادة المذكورة، وعلى علي بقصده الضرر وبعدم قبول زيادته التي زاد، وذلك بدون حجة شرعية وهي البينة الشاهدة بالسبب المذكور وبالمحل، فقد أوقع الحاكم حكمه على محلّ خليّ عن قيام حجة بكونه مخلاً، ومسبب لم تقم بينة بتعيينه سبباً، فكان حكمه المذكور منقوضاً إجمالاً مع خلوه عن إعدار. وأي صحة لجانب الحبس أوضح وأمتن من هاتين الحجتين مع أنه لا تعجيز فيه؟

فقوله: لم تنهض للحبس حجة، باطل لا يساوي سماعه. وأما قوله: وصار الحكم المسطور في النسخة الأولى من باب المُجمَع عليه، إلى قوله: ويحرم على حاكم نقضه وعلى مفت الفتيا بخلافه، فإنما يتمشى لو كان ذلك الحكم صحيحاً مستجعماً لأسبابه وشروطه وانتفاء موانعه. كيف وهو قد خلا عن تعيين سبب الحكم وهو الضرر بالبينة الشاهدة بذلك السبب، وعن شرط وهو عدالة تلك البينة والإعدار، وعن انتفاء مانعه وهو من قوادح الحجة كالعداوة. وبتبين نفي المانع بإسقاط الإعدار من المحكوم عليه في الحجة المعينة له وللسبب الذي هو مخّل له المحكوم به عليه، ومسطور الحكم قد خلا عن ذلك كله وعن إسقاط الإعدار ممن يسوغ منه إسقاطه وهو عليّ في حق نفسه، ومقدم من قبل القاضي في حق المحبس، وهو لو وجد مقدّم وأعدر

إليهما كان الإعذار ساقطاً عن درجة الاعتبار لعدم وجود محلّ الإعذار في الخارج وهو البينة التي تعين محلّ الحكم وسببه . فهذا الحكم قد خلا عن هذه الأمور، وكل حقيقة لها سبب وشرط وانتفاء مانع إذا خلت عن سببها وشرطها وانتفاء مانعها فهي باطلة قطعاً شرعاً وعقلاً، وغير معتبرة شرعاً . فكيف يُقال إنه مجمع عليه ولا يحلّ نقضه إجماعاً؟ هذا ما لا يتعقل سماعه فضلاً عن تصوره، فضلاً عن التصديق به! وفي ما قررنا به بطلان هذا الحكم وبطلان الموافقة عليه وإمضائه في النسخة الثانية كفاية . والله يقول الحق وهو يهدي السبيل .

فتشخص مما مهّدناه أن هذا الحكم التقريري الذي اشتمل عليه أصل النسخة الأولى باطلٌ إجماعاً لخلوّه عن بيّنة تعيّن محلّ السبب وهو الضرر من علي أحد المحكوم عليهما، ومحلّ الحكم وهو علي القاصد للضرر⁽¹⁾ فهذا حكم جرى على خُلف السبب [97 ب] ينقض عند الجميع كما قاله الشيخان الشهاب والمغربي، وخلّوه عن شرطه وهو الإعذار للمحكوم عليهما - وهما علي وجانب الحبس في الحجة الشاهدة بذلك والمعينة له وهو شرط في صحة الحكم إجماعاً على ما قاله الشيخ ابن عرفة، مع تضمّن ذلك بتضييع المال على ربه بلا مستند وهو ممنوع من الحكم به إجماعاً في نقل الشيخ ابن عرفة أيضاً، ولمخالفته لما به العمل في قبول الزيادة في أكرية ربح الأعباس، مع أن القول المعمول به مقدم على القول المشهور في نقل القاضي البرهان . والقول المشهور إذا خالفه الحاكم ينقض حكمه على ما قاله أصبغ وسلّمه أبو مهدي عيسى الوانوغلي، وعلى ما حكم به الشيخ الغبريني وسلّمه معاصروه ومنهم الشيخ البرزلي، فتكون مخالفته لما به العمل أخرى بالنقض ولم ينو معتقد الحكم المذكور في حكمه بطرح الزيادة المذكورة إلا مجرد

(1) بالأصل الضرورة ويقصد الضرر بناء على استعمال عامي .

دعوى الخصم وعلمه الحاصل له من حين ناظر الحبس المنقول عن دعوى المدعي . والمذهب كله أن القاضي لا بد في حكمه من الاستناد إلى الحجة وهي سبع عشرة حجة ولم يذكر أحد منها مجرد دعوى الخصم ، والحديث النبوي نصٌّ في منع ذلك . ومرّ من نقل الشيخين الشهاب والمغربي أن استناده إلى علمه ينقض اتفاقاً ، على أنه لم يستند إليه ولم يذكره بتصريح ولا بإيماء إليه . وأما الأجوبة فغير مفيدة .

أما الأول فإن الحبس بمنزلة الغائب لأنه مما يبقى فيه الإعدار ، فيجب تسمية البيئته في الحكم عليه فلا يعوّل على الثبوت الذي ذكره في الأصل المذكور ولتجرّده عن ذكر البيئته الشاهدة بالضرر بالزيادة ، وترتب الضرر الأكبر المذكور على قبولها .

وأما الثاني : فإنما يتعقل كون هذا حكماً للحبس لا عليه إذا قامت بيئته بما ذكر وسميت ، ولم يكن إلا مجرد دعوى الخصم ، وعلم القاضي إنما حصل من إخبار الناظر عن دعوى الخصم أن ذلك الضرر وهو قصد علي الزائد ، ولو سلم في حق الحبس كونه حقاً له فكيف به في حق علي ؟

وأما الثالث فالشهادة على طابع القاضي لو سلّم جوازها أو سلّم كون الشهادة إنما وقعت على إشهاده فذلك غير مثير ، لأن الحكم نفسه المشهود به عليه سقط اعتباره وبطل إعماله ، ومجرد الشهادة لا تصحح العقود المشهود بها . كما أن إشهاد القاضي بإثبات أن قاضياً حكم بهذا لا يفيد تصحيحها ، لأن التصرف الفاسد والحرام قد يشهد بهما ويثبتان عند الحاكم ، ومن أشهد أنه طلق ثلاثاً شهد عليه به ، وكذا من أشهد أنه كفر أو أشرك بالله أو غير ذلك ، والشهادة عليه بذلك لا تستلزم حجة المشهود به .

وأما الرابع فالضرر المانع من قبول الزيادة من الزائد الذي عارض القول المعمول به وهو قبولها، غير مشهود به كما مرّ. وإنما هو دعوى الخصم وحصول خبر منه للناظر وإطلاع الناظر القاضي على ذلك وإخباره به وهو غير مقيد إذ لم تتم به بينة كما ذكرناه. وعلى القاضي الحاصل عنده من إخبار الناظر غير حجة شرعية في استناد الحكم إليها، وغير معدود من الحجج السبع عشرة التي هي أسباب حكم القاضي. وقول بعض الحفاظ صحيح مبني [98 أ] على قيام البينة بالوجه الذي رجّح به المكتري الأول، ولا يصحّ حمله على ظهور أرجحيته بمجرد دعواه أو بعلم القاضي الناشئ عن دعواه، لأن حمله على ذلك يؤدي إلى عده حجة من الحجج الشرعية وهو باطل.

وأما الخامس فمستغنى عنه وعمّا هو خراف⁽¹⁾ عنه لاستثناء شاهديّ التزام الحاج مامي اعترافه بعدم الغبن عن أدائهما، لكن مجرد التزام الحاج مامي بالمائتين والثلاثة عشر ديناراً بعد تاريخ رسم الحكم له واكتراؤه بذلك يستلزم تكذيب بينة الحكم أو يكون التزامه بذلك بمنزلة من أقرّ له بشيء وهو ينكره، فإن رسم الحكم حاصله سقوط ثلاثة وستين ديناراً عنه ثم التزم هو بأدائها. فالتزامه بأدائها بعد الحكم له بإسقاطها عنه يتنزل لزوماً بمنزلة تكذيب بينة إسقاطها عنه أو منزلة إنكاره لسقوطها عنه. فالتزامه بها يتنزل إما منزلة التكذيب لشهود الحكم أو منزلة إنكار ما شهدوا له به من إسقاطها. والموافقة التي تضمنتها النسخة الثانية من ناظر وقاض وقصارها أن تكون حكماً تقريرياً كالأول. فالكلام فيه كالكلام في الأول من البطان إجماعاً مع أن الموافقة على الباطل إجماعاً لا تفيد صحة حيثئذ مخالفة للإجماع، فلا يملك أحد⁽²⁾ من قاض أو نائب أن يصحح ما كان باطلاً إجماعاً، لأن ذلك مخالف للإجماع الذي هو بطلانه.

(1) كذا بالأصل.

(2) كذا بالأصل.

نعم لهم نقضه ورده على الأوضاع الشرعية ولا يستدل بموافقتهم
على صحته، لأن التقرير والموافقة إنما تكون مصححة ودليلا على
صحة ما وقعت الموافقة عليه إذا وقعت من معصوم إذ لا يُقر معصوم
أحدا على باطل كما هو نصّ جمع الجوامع وغيره.

وفي هذا القدر كفاية، وبالله سبحانه وتعالى التوفيق، وهو حسبي
ونعم الوكيل، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم
تسليما. وكتب في يوم الثلاثاء ثالث عشر محرم الحرام فاتح شهور عام
ثلاثة وتسعين وتسعمائة [993 هـ / 18 جانفي 1585 م] عرفنا الله خير
وكفانا شره.

هذا جواب لم يوجد أوله :

... ونص الجواب بعد افتتاحه : تأملتُ السؤال وما فوقه، وإذا كان
الأمر كما ذكر فعامل القراض مصدق في دعواه الردّ إذا كان قبضه بغير
بينة. وهذا مما لا خلاف فيه، ولا شيء عليه من المال وإنما عليه
اليمين خاصة. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق. وكتبه أحمد بن محمد
ابن أحمد المسراتي. وبطرتّه يصحح الحاج سالم النفاتي.

فأجبتُ عنه بما نصه بعد افتتاحه : إذا كان أخذ العامل المذكور للمال
بلا بينة توثق ففي قبول دعواه الرد ثلاثة أقوال في المذهب، والذي به
الفتوى هو الأول. فيقبل في هذه النازلة مع يمينه على القول الذي به
الفتوى ولا سيما إذا تحاسبا وتفاصلا ووصل ربّ المال إلى جميع حقه
وأبرأ العامل من جميع الدعاوى كلها، كما ذكر في النسخة المصدر
بها. فإذا وقع إبراء رب المال في جميع الدعاوى كلها كما ذكر هنالك
سقط قوله بعد إبرائه المذكور. والله تعالى أعلم، [89 ب] وبه التوفيق.

تذييله قولي: إذا كان أخذُ العامل المذكور للمال بلا بينة تُوثر. الشيخ ابن عرفة في الورقة 18 من قراضه ما نصه في الوديعة منها: مَنْ بيده لرجل قراض أو وديعة فقال: رددتُ ذلك إليك صدق، إلا أن يكون قبض ذلك بينة فلا يبرأ إلاً بينة، ومثله في غيره وفي كلام غير واحد من الشيوخ تقييد البينة بأنها للتوثق، وفسرها اللخمي حسبما تقدم في الوديعة، انتهى ما يمس منه. قلت: وتفسيرها في شركة حواشي الطرابلسي عن الشيخ المغربي. وفي ثالثة وديعة البرزلي أنها شهادة العدول المنتصين ويحضرها رب المال والعامل لإشهادهم لا العامل وحده. وفي وديعة برنامج الشوارد إيعاب ذلك.

قولي: ففي قبول دعواه الرد ثلاثة أقوال، الشيخ ابن عرفة - رحمه الله تعالى - في الورقة 18 من قراضه ما نصه: وفيها إن قال العامل رددتُ إليك رأس المال وما بيدي ربح، وقال ربّه لم تدفع لي شيئاً صدق ربه ما دام في المال ربح وعلى العامل البينة. الصقلي عن القاسبي: معناه إذا قال: ما بيدي ربح بيني وبينك لأنه أقرّ ببقاء حق رب المال بيده، وأما لو قال: رددتُ إليك المال وحظك من الربح وما بيدي هو حظي منه يقبل قوله إن كان قبضه بغير بينة. اللخمي: ينبغي قبول قول العامل كذا إن قال: هذا ربح، كما لو قال: رددتُ بعض رأس المال، لا فرق بين قوله رددتُ بعض رأس المال أو جميعه دون الربح أو لم أربح شيئاً، أو ربحتُ وسلّمتُ إليك رأس مالك وحظك منه. وروى محمد في المساقى بعد جدّ الثمرة لرب الحائط: دفعتُ إليك حظك، القول قوله. فكذلك القراض. ابن عرفة: ففي قبول دعوى العامل ردّ المال دون بقاء ربح ما بيده، ثالثها إن ادعى رد حظ ربح المال منه. اللخمي والقاسبي، انتهى من ابن عرفة. والشيخ ابن ناجي في الورقة 23 من قراض كبيره إثر ذكره ما لابن يونس عن القاسبي و ما للخمي إلى قوله:

فكذا القراض ما نصه: قال شيخنا ابن عرفة فيتحصل في المسألة ثلاثة أقوال أحدها أن يصدق رب المال ما دام في المال ربح، سواء قال: ما بيدي ربح بيني وبينك، أو قال: ما بيدي هو حظي من الربح، على ظاهر المدونة. وقيل: القول قول العامل مطلقا، قاله اللخمي والثالث تفرقة القابسي. ابن ناجي: الأقرب أن قول القابسي تفسير لقول المدونة وهو الذي قصد، وقبول ابن يونس يقتضي ذلك، انتهى.

قال ابن ناجي: قلت: ما عزاه الشيخ ابن عرفة للمدونة معناه أنه ظاهرها، قال ابن ناجي: دون مراعاة كون قول القابسي تفسيراً بل على مراعاة كون قوله خلافاً لها، ولأجل كونه خلافاً عنه الشيخ ابن عرفة قولاً ثالثاً في المسألة مقابلاً للقولين الآخرين، وتبعه ابن ناجي في جعل الأقوال ثلاثة وفسر ظاهرها بقوله: سواء قال العامل: ما بيدي ربح بيني وبينك وما بيدي هو حظي من الربح. فإذا كان هذا هو ظاهرها كان قول القابسي خلافاً فاعرفه. ثم بعد أن فرغ ابن ناجي من تقرير الثلاثة الأقوال - كما قرّر شيخنا ابن عرفة على أن كلام القابسي خلافٌ لا تفسيرٌ - أردف ذلك بشبهه تعقّب على تحصيل نسخة ابن عرفة فقال: الأقرب أن [99 أ] قول القابسي تفسير لقول المدونة وهو الذي قصد، وقبول ابن يونس يقتضي ذلك فاعرف ذلك. وفي المختصر: والقول للعامل في تكلفه وخسره وردّه إن قبض بلا بينة. بهرام في وسطه: قوله إن قبض بلا بينة قيد في دعوى الرد، ومعناه أن العامل مصدق أيضاً إذا قال رددته إذا كان قبض بلا بينة، يريد مع يمينه ولا خلاف فيه.

واختلف هل يصدق إذا قبض بينة أيضاً أو لا وهو المشهور، وقاله في المدونة، انتهى. قلت: وقول بهرام: ولا خلاف فيه إن عاد إلى تصديق العامل في الرد، فيرد بالثلاثة الأقوال التي حصل الشيخ ابن

عرفة في ذلك ونقله الشيخ ابن ناجي . وعبارته هذه في نفي الخلاف هي التي غرّت المسراتي حتى في جوابه وهذا مما لا خلاف فيه . والظاهر أن نفي الخلاف في كلام بهرام يعود إلى مسألة الحلف لأن فائدة كلام اللخمي في مسألة الحلف في سابعة وديعة ابن عرفة يقتضي نفي الخلاف في حلفه في دعواه الرد لقوله : إلا مع طول كعشرة ، أو يقوم مقام الطول لحاجته بها فاعرفه هنالك ، واعرف توجه عين التهمة أو عبتُ بحثه في الورقة 109 من السابع . واعتمدتُ في ذكر ما به الفتوى ما درج المختصر عليه . فاغترار المسراتي في نفسه للخلاف في مسألة تصديقه اغترارٌ باطل ، والإشارة بهنالك تعود على النسخة المصدر بها حيث قال حميدة : المدعى عليه فيها مُجيباً عن الدعوى أنهما تحاسبا وتخالصا في ذلك وتفاصيلاً ، إلى قوله وأبرأه من جميع الدعاوى كلها .

وقول السائل في آخر سؤاله : وأيضا فإن رسم الإبراء وقع عاما الخ ، هو قاطع قيام ضيف الله المبرئ ، لكنني اكتفيتُ بكون العامل مصدقاً يمينه في الرد إن قبض بلا بينة . ووجه قطع قيام ضيف الله بعموم إبرائه المنسوخ ثانياً لما قال في إبرائه المنسوخ ثانياً : لم يبق له قبله من سبب ما قيده ولا من أحد عشر ديناراً دعوى ولا مطالبة ولا علقة يمين بوجه من الوجوه عدا عشرين ديناراً ، كان هذا اللفظ وهو تقدّم النفي قبل أداة الاستثناء مقتضى للحصر . وحقيقة الحصر : إثبات نقيض الحكم المنطوق به للمسكوت عنه ، قاله الشيخ شهاب الدين في مختصر المحصول . قال - رحمه الله تعالى - : الحصر هو إثبات نقيض الحكم المنطوق به للمسكوت عنه بصيغة «إنما» ونحوها . وأدواته أربعة منها : تقدم النفي قبل إلا نحو لا يقبل الله صلاةً إلا بطهور . وقولنا : تقدم النفي ، يتناول كل أدوات من أدواته كما ، ولم ، وليس ، وغيرها . تقول : لم يقم إلا زيد ، فمفهومه أن غير زيد لم يقم .

قلت: فقول ضيف الله في إبرائه المنسوخ ثانيا لم يبق له قبل حميدة من كذا ومن كذا دعوى ولا مطالبة عدا عشرين ديناراً، مفهومه أن غير العشرين دينارا لم يبق له قبله، فيتناول مفهوم هذا الحصر مال القراض وغيره. وكون مال القراض ومعاملته سابقة التاريخ عن هذا الإبراء المشتمل على الحصر المذكور قرينة تصدق تناول مفهوم الحصر إياها قطعاً، ودليل سبق معاملة القراض قول ضيف الله في النسخة المصدر بها: وذلك لما يقرب من ثلاثة أعوام فارطة [99 ب].

قلت: ولا يعترض على هذا التوجيه من دليل الحصر ما مرّ في الورقة الخامسة من هذا، من فتوى ابن الحاج أن الإبراء من شيء ثمّ يجب بالألفاظ العموم أن الألفاظ العموم لا تعم غير ذلك الخاص، بل ترجع إلى أحوال ذلك الخاص، لأن الشيخ البرزلي أردفه بقوله: هذا ما لم يفسر السياق قصره الألفاظ أو عمومها، فإن قصرها أو عمومها حكم به عليه، انتهى. وهذه النازلة قد فسّر السياق من دليل الحصر الذي قرّره عموم اللفظ الحاصل من مفهوم الحصر، فتأمل ذلك. وإنما لم أنبه على الاستدلال في قطع حجة ضيف الله بمفهوم الحصر مع أن السائل أشار إليه بقوله «وأيضاً» فإن رسم الإبراء وقع عامّاً إلى آخره، اكتفاءً مني بكون عامل القراض مصدق بيمينه في ردّه إن قبض بلا بينة، لقول السائل في سؤاله: والمعاملة المذكورة بين الرجلين، وقعت على ذلك في الأخذ والرد فاعرفه. والله تعالى أعلم.

الحمد لله، سألني سعيد الشواشي على يد مولا هم الحاذق في يوم الخميس رابع عشر شوال عام 1006 [هـ / 20 ماي 1598 م] عن نسخة رسم استقرار من مفاصلة وسؤال وجواب.

نص الرسم المذكور بعد افتتاحه: بعد أن استقرّ على ملك عائشة بنت محمد بن محمد أيضاً الشواشي جميع النصف شائعاً من جميع

السانية بياضاً الكائنة بالسبخة خارج باب قرطاجنة من تونس يحدّها كذا وكذا، بحقوق جميع النصف ومنافعه بمقتضى مفاصلة صحيحة شرعية وقعت في مخلف جدّها للأب محمد المذكور، استوفى فيها الموجب كما يجب بشهادة شهيدَيْن. أولهما أول شهيدِيه وقف على ذلك، ثاني شهيدِيه. حضر الآن لشهيدِيه من ناب عن عائشة المذكورة وطلب منهما كتب مضمون تملكها للنصف المذكور لمحو وقع ببعض الأصل خيف منه الإتيان على جميعه فيضيع الحق بسببه، فكتب لها هذا متضمناً لذلك وحجة لها في اليوم وما بعده. شهد على إشهاده بذلك في الحالة الجائزة شرعاً من وقف على الاستقرار. وتقدمت شهادة أول شهيدِيه فيه بتاريخ أواسط رمضان عام 1008 [هـ / أواخر مارس 1600 م] فلان وفلان، انتهى.

ونص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأملكم من نسخة الرسم المذكورة أعلاه والمفاصلة المذكورة في مخلف محمد جدّ عائشة، تاريخها أواخر ربيع الآخر عام 997 [هـ / أواسط مارس 1589 م] وهي بشهادة الفقيه مسعود فتاتة، والفقيه أحمد ابن الفقيه عبد الكريم بن سعيد المرساوي. وذكر في المفاصلة وفاءات وخلوصات. ومن ذلك التاريخ عائشة المذكورة المالكة تشتغل في نصف السانية بالكراء وقبض الكراء مدة اثني عشر عاماً، وشريك آخر يأخذ كراء نصف سدس السانية يخرج له من نصف السانية الذي ليس هو في يد عائشة، فقام الآن الذي في يده بقية السانية بعد نصف عائشة وبعد نصف سدس الشريك الآخر وقال هذا القائم: السدس يخرج من جميع السانية، من نصف عائشة يخرج نصف سدس ومن النصف الآخر يخرج نصف سدس، والحالة أن عائشة مالكة لجميع نصف السانية وحائزة وقابضة لكرائه المدة المذكورة كما ذكر. فهل القول قولها؟ والسلام.

ونص الجواب بعد افتتاحه، إذا كان الأمر كما ذكر [100 أ] فملك عائشة ثابت للنصف المذكور بمقتضى الاستقرار المذكور أعلاه وحيث أن فليس لهذا القائم المذكور أخذ نصف السدس من نصفها لثبوت ملكها كما ذكر أولاً. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق. وكتبه أحمد بن محمد بن أحمد المسراتي.

فأجبتُ بما نصه: الحمد لله، حق عائشة في ملك النصف الشائع من جميع السانية المذكورة لازم لحق المفاصلة عن جدّها المذكور التي ضمن رسم الاستقرار تقدم الشهادة فيها والوقوف عليها مع ضميمة الخلوصات وهي تباعات، وحوزها بقبض أكرية النصف المذكور المدة المذكورة. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

الحمد لله، سألني من ناب عن عبد الهادي المذكور بعد في يوم الجمعة حادي عشرين شوال عام 1008 [هـ / 26 أفريل 1600 م] عن نسخة رسم وسؤال تحتها.

نص النسخة بعد افتتاحها: اعترف عبد الموجود بن عمر النفاتي أن تحت يده مائتي شاة ثنتين ضمانية غير ستّ شياه منها من المعز. وذلك تحت يده على وجه الشركة بينه وبين عبد الهادي بن عبد الرحيم المرדاسي من سكان أريانة أثلاثا: الثلث لعبد الموجود، والثلثان لعبد الهادي المذكور، وجميع ما يفتح الله تعالى به من نتاجها وصوفها ومنائحها بينهما على النسبة المذكورة. وحضر عبد الهادي المذكور ووافق على ذلك موافقة تامة. شهد على إشهدهما بذلك في الحال الجائر بتاريخ أوائل رجب الفرد عام ستة وألف [1006 هـ / أواسط فيفري 1598 م] وقرر بهما التعريف فلان وفلان.

ونص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم بعد تاملكم من نسخة الرسم المقيّدة أعلاه والحالة أن عبد الهادي توفي، فقام بعد وفاته ورثته، أخ له ادّعى أن له في الغنم المذكورة حقاً والحالة أن هذا القائم لم يكن له متكلم في حياة عبد الهادي بوجه، واستغلّ عبد الموجود مع عبد الهادي جملة الغنم المذكورة على الصفة المفسرة أعلاه إلى وفاته. فهل الرسم المنتسخ أعلاه صحيح عامل ويُقضى لعبد الموجود بثلث الغنم المذكورة أم لا؟ والحالة أن عبد الهادي ورثه أولاده ذكور وإخوة وأولاده غير وارثين فيه، والسلام.

الجواب بعد افتتاحه إذا كان الأمر كما ذكر فلعبد الموجود ثلثه من الغنم بحيازته إياه المدة المذكورة، واستغلاله إياه بمحضر القائم المذكور، إذا كان عبد الموجود والقائم أجنبيين غير أقارب وأحرى لو لم يتبين للحق الذي ادعاه القائم وجه. والله تعالى يعلم، وبه التوفيق.

تذييله، قال في بحث الحيازات من الشامل ما نصه: ولا فرق في حيازة الورثة بين الرباع والأصول وغيرها، وتفرق من غيرها في الأجنبي. ففي الدابة وأمة الخدمة الستتان، ويُزاد في عَرْضٍ وعَبْدٍ، انتهى. ومثله في خاتمة باب الشهادة من المختصر، وفي ابن عرفة، وفي الورقة 37 من شهادة كبير ابن ناجي.

قولي: وأحرى ولم يتبين للحق الذي ادعاه القائم، وجه هذه الأحرورية جلية لأن الدعوى لا بد أن تكون مفسرة غير مبهمة، فإن كانت مبهمة لم تُسمع. اعرفه في شروط الدعوى الصحيحة من التبصرة، ومن كتاب ترتيب القواعد. فلما قال القائم: لي في الغنم المذكورة حق ولم يفسره كانت هذه الدعوى أحرورية لعدم توجهها [100 ب] فاعرف ذلك. والواو في «ولم يتبين» واو الحال أي وأحرى والحالة أنه لم يتبين الخ. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

الحمد لله، سألني مسعود الوصيف في التاريخ المذكور لمامي مملوك القائد مراد - المذكور بعد - عن نسخة رسم بعد افتتاحه: يقول من يشهد بعد حضرت بين مامي مملوك القائد مراد قائد بنزرت كان، ومسعود بن فتح الله المسراتي أو آخر ذي القعدة في العام الفارط تحاسبا عن شهر رمضان وشوال في العام الفارط، لكون القائد مامي المذكور ملتزم شطر قيادة بنزرت في الشهرين المذكورين بتساكر⁽¹⁾ بيد مسعود المذكور، فتحاسبا على ذلك وقطعا التساكر المذكورة، وبقي بيد القائد مامي المذكور لمسعود المذكور عشرون دينارا نواصر بدعوى مسعود المذكور، فأكره مامي المذكور وتوجهت اليمين عليه. فدخل بينهما من ابتغى الأجر وندبهما إلى الصلح الذي سماه الله خيرا. فانتدبا إليه على أن يدفع مامي المذكور لمسعود المذكور أحد عشر دينارا نواصر وتبارا مع مامي المذكور في ما شط لمسعود المذكور مما عليه في الشهرين المذكورين الإبراء التام العام، وانفصل الموطن المذكور بينهما على نحو ما ذكر. فمن حضر بينهما الموطن على المحاسبة المذكورة قيّد بذلك شهادته هنا بتاريخ تقدم في الشهر المذكور وتأخر كتبه وعقد الإشهاد فيه لأواخر جمادى الثانية عام 1008 [هـ / أواسط جانفي 1600 م] فلان من شهود بنزرت. وتحتها الرفع بقلم نائب تونس في التاريخ. وتحتة سؤال بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأملكم من رسم الصلح المذكور أعلاه، هل هو صحيح عامل على الوصف المذكور أو هو غير عامل؟ والحالة ما ترونه فيه، والسلام.

الجواب بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فهذا الصلح صحيح عامل، لأن دافع الأحد عشر دينارا النواصر يقول: افتديت بها من غير يمين، وقابضها يقول: أخذت بعض حقي الذي ادعيت به ناجزا وأسقطت

(1) جمع تسكرة. لفظ يستعمل في عامية تونس - إلى اليوم - للدلالة على التذكرة. وكأنها تغيّر فيها حرف الذال إلى سين.

بعضه . وهذه الصورة جائزة عاملة ولا خلل فيها . والله تعالى أعلم ، وبه التوفيق .

تذييله ، في ترجمة وثيقة صلح في مملوك في الورقة 69 من الطرر ما نصه : الضرب الثاني في الصلح عن المدعى به على تعجيل بعضه وإسقاط البعض فهو جائز ، انتهى . ونقله الشيخ البرزلي ، انتهى في أول صلحه .

قلت : المدعى به في النازلة عشرون ديناراً نواصر ، الصلح عنها في نسخة الرسم بقوله : فندبهما للصلح على أن يدفع مامي المذكور لمسعود المذكور أحد عشر ديناراً وتبكاراً مع مامي في ما شطّ لمسعود المذكور . قلت : فلم يكن في هذا الصلح وجهٌ من وجوه الخلل لا على قول مالك المشهور ولا على قول ابن القاسم ، أي على دعوى المدعى ولا على دعوى المدعى عليه المنكر . وعلى ظاهر الحكم فلو كانت الأحد عشر ديناراً المصالح بها مؤجلة فسد الصلح على ظاهر الحكم لصيرورة النازلة على هذا التأجيل من الشق الثاني من صورة ما حكاه بهرام في وسطه عن ابن رشد . قال ابن رشد : واختلف في ما كان ظاهره الفساد وهو صحيح ، على دعوى كل واحد من المدعى والمدعى عليه ، كما لو ادعى عليه بمائة درهم حالة فأنكرها ، واصطلحا على أن أخره بها إلى شهر ، أو على خمسين يدفعها [101 أ] له عند حلول الشهر . فقد علمت أن الصلح صحيح على دعواهما معا . لأن المدعى أخر صاحبه أو أسقط عنه بعض حقه وأخره بالبعض الآخر ، والمدعى عليه قد افتدى من اليمين بما التزم أداءه وذلك جائز عند ابن القاسم ، لأنه لا يعتبر غير ذلك ، وأما عند مالك الذي يعتبر مع ذلك جوازه على ظاهر الحكم فلا يجوز ، لأن ظاهر الحال أن في ذلك سلفاً جراً منفعة ، والسلف هو التأخير والمنفعة هو سقوط اليمين المنقلبة على المدعى بتقدير نكول المدعى عليه أو حلفه فيسقط جميع ما ادعى به . انتهى .

قلتُ : أو على خمسين يدفعها له عند حلول الشهر، هذا الشقّ الثاني هو الصادق على ما لو تأخرت الأحد عشر ديناراً النواصر المصالح بها في النازلة، فيكون الصلح بها على تأخيرها فاسداً كما قال لعلّة سلف جر منفعةً لكنها تعجّلت بقوله في أصل رسم الصلح المنسوخ: على أن دفع مامي المذكور الخ، فصحّ الصلح في النازلة كما ذكره في الطرر أيضاً. ألا تراه قد صرّح بأن الصلح على المدعى به على تعجيل بعضه وإسقاط بعضه جائز. وإلى كلام ابن رشد بشقيّه أشار في الشامل بقوله: ولو ادّعى عليه بمائة درهم فأنكره ثم صالحه على خمسين مؤجّلة أو على تأخير جميعها، مُنع على المشهور، فقط لأنه وإن جاز على دعواهما معا لكون المدّعي حط وأخر، والآخر افتدى من غير يمين وجبت عليه لم يجز على ظاهر الحكم، إذ فيه تأخير لإسقاط عين شهود سلفٍ جرّ نفعاً. انتهى.

قلت: فلو صولح في النازلة على تأخير جميع العشرين ديناراً النواصر المدعى بها وهو الشقّ الثاني في كلام الشامل، أو على تأخير الأحد عشر ديناراً النواصر المصالح بها وهو الشقّ الأول في كلامه، لكان صلحاً فاسداً في الشقين معا على مراعاة ظاهر الحكم وهو قول مالك وشهر دون قول ابن القاسم، لأنه أعني ابن القاسم لا يعتبر في الصلح الأخرى على ظاهر الحكم، لكن صلح النازلة وقع على دفع الأحد عشر ناجزاً وإسقاط الباقي وهو تسعة دنانير، فصحّ الصلح على أصليّ الإمامين مالك وابن القاسم. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

الحمد لله، سألني محمد الرياحي العون للمرأة البدوية المذكورة بعد، في صبح يوم السبت ثاني عشر من شوال عام 1008 [هـ / 27 أفريل 1600 م] عن سؤال وجواب.

نصّ السؤال بعد افتتاحه: جوابكم عن مسألة امرأة من سكان بيت الشعر من وطن تونس طلقها زوجها على عادة البادية، ثم بعد مدة عقد عليها زوج آخر ولم يدخل بها، ثم إنهم حسبوا لها من يوم طلاقها فوجدوه شهرين ويوما. فهل هذا النكاح والعقد صحيح أو يُفسخ وتزوج المرأة من شاءت؟ إما هذا الذي عقد عليها أو غيره، والسلام.

ونص الجواب: إذا كان الأمر كما ذكر فهذا العقد المذكور يفسخ لأنه وقع قبل انقضاء زمن العدة فإن زمن عدة المعتدة بالحيض كهذه المرأة ثلاث حيض، ولا تُصدّق المرأة في انقضاء الثلاثة حيض إلا بعد مضي سبعين يوما من يوم طلاقها. قاله الشيخ ابن ناجي في الكبير قال: وبه جرى العمل بتونس. فالواجب [101 ب] أن هذا العقد يُفسخ وتزوج المرأة من شاءت، إما هذا العاقد أو غيره ولا يُجبرها أحد على النكاح لأنها ثيب مالكة أمر نفسها. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق. وكتبه أحمد بن محمد بن أحمد المسراتي.

فأجبت بما نصه: فسح العقد المذكور كما وقع الجواب به صحيح فلا يقرّ العقد المذكور. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذيله، إنما لم تصدّق المرأة ذات الحيض في رؤية الثلاث حيض في أقل منها نادر مما تكذّبه العادة في دعاها. والقاعدة أن «كل ما يُصدّق شرعاً إنما يصدّق ما لم تكذّبه العادة». قاله الشيخ ابن يونس في ستوره والشيخ أبو الحسن الصغير في ثانية ستور صغيره في قولها: وإن قال لمعتدة: قد راجعتك فأجابته نسقاً بكلامه الخ. وذكر ابن ناجي في ثالثة ستور صغيره في قولها المذكور قال ابن ناجي: والقول بتصديقها في رؤية الثلاث حيض في مدة السبعين يوما ليس بمنصوص للمتقدمين. ولكنه جرى به العمل عند شيوخنا بتونس. ووقع في سادسة طلاق السنة

من صغير ابن ناجي في قولها: قال ابن القاسم قال مالك : يفسخ هذا النكاح وما هو بالحرام البين ما نصه: ظاهر الكتاب أن العقد في العدة بانفراذه دون دخول لغو وهو كذلك على المشهور، وقيل: هو يحرم كالوطء، قاله مالك، وظاهره أن دخوله في العقد معتبر عند مالك والمغيرة وغيرهما وهو كذلك على المشهور أيضا. وقيل: لغو فلا يحرم بحال، قاله ابن نافع ونقله عن عبد العزيز بن الماجشون. فالمحصول أربعة أقوال وهي ظاهرة مع عزوِّها. انتهى من ابن ناجي.

قلت: إعطاء المسراتي للمرأة في النازلة حكم الحائض حيث قال: فإنَّ زمن عدة المعتدَّة بالحِيض كهذه المرأة من الحكم على ذات الصدور وإذا لم يكن في السؤال ذكر كونها من ذوات الحيض أو من اللائي عدتَّهن بالشهور لصغر أو إياس قال تعالى ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعَدَّتْهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضُنَّ﴾⁽¹⁾ إي كذلك، وهو كاتب السؤال وبدل خطه فيه رقة ديانة لما نصَّ عليه الشيخ شهاب الدين أن المفتي لا يكتب السؤال.

وقوله: ولا يجبرها أحد على النكاح من تبرِّع المفتي، والقاعدة أن «المفتي لا يتبرِّع بما لم يُسأل عنه» نصَّ عليه الشيخ شهاب الدين أيضا، على أنه لا تعلق للمسألة النازلة بهذا اللفظ.

وقوله: لأنها ثبت خطأ من القول، لأن الثيب هي التي لا زوج لها سواء كانت بكرًا أو كانت أيِّما، والأيِّم هي التي تطلِّق في مقابلة البكر.

وقوله: مالكة أمر نفسها خطأ من القول، لأنها يحتمل أن يكون طلاقها المذكور من مبتكرها صغيرة. فإذا كانت صغيرة وطلقها كذلك من مبتكرها فإنها يبقى عليها جبر الأب. قال في الشامل: الأب يجبر

(1) القرآن: الطلاق 4 .

المجنونة والصغيرة ولو ثيباً على الأصح، انتهى. وعليه مشى في المختصر. وقد سمعت من السائل وغيره أنها ذات أب. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق. وليس هذه المرتكبات بغريبة منه ومن أمثاله.

الحمد لله سألني سالم البيشاني المذكور بعدُ على يد علي⁽¹⁾ وهو جاره [102 أ] في الوطا⁽²⁾ بالقبلة، وذلك في يوم الاثنين رابع عشر من شوال عام 1008 [هـ / 29 أبريل 1600م] عن نسخة رسم وما بطرته. نص الرسم بعد افتتاحه: اعترف الشامخ المشرقي أن المائتين شاة وعشرين شاة منها عشرون من المعز والباقي ضانية التي هي الآن في حوزة وتحت يده جميعها شركة بينه وبين سالم بن أحمد البيشاني وسالم بن علي النوالي بالسواء بينهم، لا فضل لواحد منهم على الآخر. وحضراً ووفقاً على ذلك شهد على إسهادهم⁽³⁾ بذلك في الحالة الجائزة أواخر محرم الحرام عام 1005 [هـ / أواسط سبتمبر 1596 م] تقرر التعريف بهم فلان.

ونص ما بطرته: الحمد لله اعترف الشامخ المذكور أمامه أنه كان سلّم لسالم المذكور أمامه في جميع الثلث الذي على ملكه من الغنم المذكورة أمامه تسليماً تاماً، لقبضه منه العوض عن ذلك وقدره ستون ديناراً نواصر، مبلغ ما قُوم به الثلث المذكور، وذلك منذ نحو ثلاثة أعوام فارطة عن تاريخه، ولم يبق له مع سالم المذكور في جميع الثلث الشائع من الغنم المذكورة حق ولا ملك ولا شركة بوجه من الوجوه. وحضر سالم ووافق على ذلك موافقة تامة. شهد على إسهادهما بذلك في الحال الجائزة أواسط شهر شوال عام 1008 [هـ / أواخر أبريل 1600 م] بمعرفة المعترف له، وتقرر التعريف بالمعترف فلان وفلان..

(1) بياض بمقدار كلمتين بالأصل.

(2) الوطا: الأرض.

(3) يذكر المؤلف ثلاثة أشخاص: سالم البيشاني والشامخ المشرقي وسالم بن علي النوالي، ثم هو هنا يستعمل صيغة التثنية، ويعود بعد ذلك إلى صيغة الجمع.

ونص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأملكم من نسخة الاعتراف وما بطرته والحالة أن سالم بن علي النوالي قام على سالم البيشاني في نصيب الشامخ المذكور، وادعى أن تسليم الشامخ المذكور في نصيبه من غير حضرته وعلمه بذلك غير عامل. فهل يُقبل من سالم النوالي ما ادّعاؤه في ذلك مقال ومتكلم أو لا تقبل دعواه ولا مقال له فيه؟ والسلام.

الجواب بعد افتتاحه: إذا كان [الأمر]⁽¹⁾ كما ذكره فقيام سالم النوالي في ثلث الشامخ غير مقبول، وما ادّعاؤه من وجوب إحضاره التسليم غير مسموع لأنه قد وافق في أصل النسخة الأولى على أن للشامخ ثلث الغنم المذكورة فموافقته هذه تُبطل قيامه في ذلك الثلث وتُبطل دعواه فيه على الشامخ أن يحضره لتسليمه أو يعلمه، فلا يلزم الشامخ تحضيره ولا إعلامه بتسليمه. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييله، قد اعترف النوالي في أصل النسخة الأولى بأن للشامخ الثلث الشائع في الغنم، فمقتضى اعترافه المذكور أنه لا يناع الشامخ في ملكيته لذلك الثلث، وشراء البيشاني كذلك الثلث من ربه الشامخ وتصرفه فيه من وقت التباع منذ ثلاثة أعوام فارطة، حسبما دلّ عليه تاريخ التباع في الطرة. فإذا حيزت سنتين انقطع قيام القائم فيها إن ادعى ملكا فيها حسبما مرّ في الورقة الرابعة من هذه معزواً لمواضعه. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق. ولا يصح للنوالي رجوع عما اعترف به في أصل النسخة الأولى لقول ابن الحاج: أجمعوا أنه لا ينع الرجوع عما أقرّ به من حقوق الأدميين من الأموال. نقله البرزلي في أول إقراره ونقله مع غيره في الورقة 152 من السابع.

(1) كلمة أُضيفت لاستقامة المعنى.

الحمد لله، سألتني الحفصية المنتصرة بنت الأمير أحمد في يوم الثلاثاء 25 شوال عام 1008 [هـ / 9 ماي 1600 م] [102 ب] عن نُسَخ رسوم بعد افتتاحها. فالأول: يقول من يشهد بعد توجهه إلى تقويم جميع الربع الآتي ذكره وتحديده، المخلف في ما ذكر لي عن القائد عبد الرحمن تميم، فمنه جميع الدار الجوفية الباب الكائنة ببطحاء الترجمان داخل باب البحر من تونس، يحدّها قبلة فندق بدر، وشرقاً حق للفارس عمر بن قليل الهم، وجوقاً حيث يفتح بابها، وغرباً ودويرتها الملاصقة لها من الجهة الغربية. وأحطتُ بهما نظراً واختباراً وتأملاً وقومتُهما هي ودويرتها المذكورة على ما هما الآن عليه من الخراب والتداعي للسقوط بثمانين ديناراً ناصريات وجميع الجنيّة إلى آخر الربع. وتاريخه أوائل شعبان عام 966 [هـ / أواسط ماي 1559 م] وفيه أداء القاضي أبي الحسن المغراوي.

والثاني: بعد أن توفي القائد عبد الرحمن بن أحمد تميم المذكور أعلاه عن جميع الربع المذكور أعلاه وحيز الربع المذكور لجانب المخزن المعمور في حق كان يطالب به ولم يُلَفَ عنده ما يخلّص به إلا من ثمن الربع المذكور، فُقِّومَ الربع المذكور بالقيمة المذكورة أعلاه وقدرها مائة دينارٍ واحدةٍ ناصرية. ثم وقعت بعد ذلك زيادة من مقامهم العلي - أيده الله تعالى ونصره - وقدرها خمسون ديناراً ناصريات فتجمّل من قيمة الربع بإضافة بعضه إلى بعض ما قدره مائة دينارٍ واحدةٍ ناصريات وخمسون ديناراً من الصفة، بإضافة الخدمة والزيادة ومنفعة خدمة دار الأشغال السعيدة على العادة. وداخل في القيمة المذكورة أولاً تسعة دنائير نواصر وثلاثة أثمان الدينار دلالة ومتاع الله وأجرة القابض.

حضر الآن لشهيديه القائد المكرم الأسعد أبو العباس أحمد ابن الفقيه المعظم الأجل المرحوم أبي الفضل ابن عصفور. واشترى من

جانب المخزن جميع الربع المذكور بالقيمة المذكورة أعلاه، وأمضى له البيع في ذلك الناظر في شغلي الزكوات والمواريث حين تاريخه، وهو الشيخ الفقيه المعظم المبرور أبو يحيى الرصاع واضع علامته هنا - حفظه الله تعالى - وذلك بحسب النيابة عن جانب بيت المال المعمور. وأحضر المشتري المذكور جملة الثمن المذكور الذي قدره مائة وخمسون ديناراً ناصريات وتولّى قبضه منه الأمين المكرم أبو عبد الله محمد السيدي واضع اسمه هنا إلى آخره. مؤرخ بثالث عشر شهر رمضان عام 966 [هـ / 20 جوان 1559 م] وشهيداه ثانيهما الفقيه عبد الكريم بن سعيد المرساوي.

والثالث⁽¹⁾ بطرة الثاني نصه: الحمد لله أشهد الفقيه الكاتب المكرم الأحظي الأسعد أبو العباس أحمد المالك المذكور أمامه أنه سلم لزوجته الحرة الزكية الحفصية المشتهرة المسماة المنتصرة بنت الأمير الأجل المعظم الأعدل المقدس المرحوم السلطان في متقدم التاريخ، أبو العباس أحمد في جميع الدار والدويرة المذكورتين أمامه بحقوقهما ومنافعها وما عدّ منهما ونُسب إليهما، التسليم التام لقبضه منها العوض عن ذلك، وقدره ثلاثمائة دينار نواصر وخمسون ديناراً من الصفة، القبض التام بحيث إنه لم يبق له معها في الدار والدويرة المذكورتين أعلاه حق ولا ملك ولا شركة بوجه من الوجوه. شهد على إشهاده بذلك في الحالة الجائزة شرعاً [103 أ] بتاريخ أوائل رمضان عام 902 [هـ / أوائل ماي 1497 م] وفيه معتذرات أبي القاسم بن محمد المقوزي، وشهد عليه بذلك في أوائل صفر عام 966 [هـ / 1500 م] أحمد بن محمد بن أحمد المسراتي.

(1) بالهامش تعليق نصه: هذا الثالث كاتبه وشاهده قاسم المقوزي الذي كان أمين الخفين ثم انتقل شاهداً ثم مفتياً ثم نائباً، وفيه من اللحن وسبب العبارة فوق ما يعتاد، وأصلحت من ذلك ما أمكن، وعلامته ما أبقيت عليه مطعاً. انتهى التعليق. وقد وضعت في هذا النص مطّات فوق بعض كلماته..

والرابع أسفل الجميع نصّه: الحمد لله، أشهد الكاتب المكرم الأجل أبو العباس أحمد عصفور المسلم المذكور أعلاه، وبطرته أنه أسقط الطعن والمقال في شهيدى رسم التسليم المسطور بطرته بعد أن عرفهما وعرف ما شهدا به فلم يكن عنده فيهما حجة ولا مقال إلا ما يوجبه الشرع العزيز في ذلك، وطيب للحررة المنتصرة ملك جميع الدار والدويرة المذكورتين التطيب التام، ورفع عنها النزاع والخصام وما تقوله الأحكام. وهنّأها فيهما أتم تهنئة مسقطا في ذلك الإيداع، والإيداع فيه ما تنهى وما تسلسل إلى أبعد غاية وأمضى نهاية. واعترف بأنه لم يودع ومهما ظهر إيداع فلا عمل عليه ولا قيام له به. وكلّ بينة يُقيمها تثبت له حقا في الدارين فهي باطلة أفكة، لا عمل عليها ولا قيام له بها. شهد على إشهاده في الحالة الجائزة بتاريخ حادي عشرين شهر ربيع الثاني عام 1003 [هـ / 3 جانفي 1595 م] بمعرفته التامة أبو يحيى الرصاع وعبد اللطيف السنوسي.

والخامس بمحوّل أعلى الأصول المنسوخة ونصه: الحمد لله، أشهد سيدنا الشيخ الفقيه القاضي قاضي الجماعة الآن بحضرة تونس وسائر عملها الواضع طابعه بطرته أنه حكم بصحة تسليم الكاتب أبي العباس أحمد عصفور لزوجته الحررة المنتصرة المذكورة بمحوّله الدار والدويرة المذكورتين بمحوّله لكونه بعد تسليمه خرج من الدار وسكن بغيرها وطلق زوجته ثم طيب لها ذلك وأسقط الطعن والمقال في شهيدى رسم التسليم حسبما ذلك مقيّد بأسفل محوله، والحالة أنها حين إسقاطه الإعذار والتطيب كانت أجنبية عنه. حكم بصحة ملكها لجميع الدارين، وبصحة التسليم حكماً تاماً، أمضاه وألزم العمل بمقتضاه. كما حكم بعدم إعطاء نسخة من الرسم المذكور لعدم الفائدة في ذلك، حكماً تاماً أمضاه وألزم العمل بمقتضاه لتوجّهه موجبه لديه. إشهداً صدر منه وهو

على أكمل حالات المشهدين شرعاً، أواخر شوال عام 1008 [هـ /
أواسط ماي 1600 م] فلان وفلان .

ونص السؤال بعد افتتاحه : جوابكم بعد تأملكم من الرسوم المذكورة
بمحوّله أعلاه ، فإن الكاتب أحمد عصفور المسلم لزوجته والمسقط
الإعذار في تسليمه مات ، فقام الآن بعد موته بعض أهل وراثته وطلب
نسخة من التسليم للإعذار فيه ، فدافعته المطلقة الحرة المسلم لها بذلك
التسليم المذكور وأكذب كل بينة تثبت له حقاً في الدارين وأسقط الإيداع
ومهما ظهر منه إيداع فلا عمل عليه حسبما ذلك بشهادة العدلين بأسفل
محوّله . وذلك كله منه يدل على أن خروجه من الدار لأجل التسليم لا
لغير ذلك . ودافعتّه أيضاً بحكم الشيخ القاضي بصحة التسليم المذكور
لأجل ما ذكر وعدم إعطاء نسخة من الرسم لأجل ما ذكر . فهل ذلك
ماض ويعمل بمقتضاه أو هو غير ماض ويفسخ؟ والسلام .

الجواب بعد افتتاحه : إذا كان الأمر كما ذكر فالقائم وهو وارث
المسلم المذكور إنما يرث من الحق ما لمورثه ، ومورثه قد أسقط الإعذار في
تسليمه وطيب الملك على الوجه المذكور فلم يظهر لتكرار [103 ب]
الإعذار وجه ، لأن مورثه قد أسقطه . ثم بعد أن تعلق بذلك حكم نسخ
قاضي النازلة - حفظه الله تعالى - فقد ارتفع الخلاف بالحكم المذكور
على حسب ما نصّ عليه أشياخ المالكية : الشيخ ابن محرز ، والشيخ
اللمخي ، وصاحب التذكير ، وغيرهم . وحينئذ ذلك ماضٍ ويعمل
بمقتضاه . والله تعالى أعلم ، وبه التوفيق .

تذييله ، قولي : ومورثه قد أسقط الإعذار الخ ، الواو واو الحال وإنما
يرث ما لمورثه والحال أن مورثه قد أسقط الإعذار ووارثه إنما يرث عنه
ما هو له ، فقد ظهر أن الإعذار لا حقّ له فيه لأنه قد أسقطه ، فصار

انتقاله للوارث غير ذي معنى لأجل ما تعلق به من الإسقاط من الهالك المورث.

وقولي: على الوجه المذكور، الوجه المذكور هو كون إسقاطه بعد خروجه من الدار وتطيينه وإسقاطه الإيداع وتكذيبه كل بينة تُثبت له حقاً في ما سلّم، فهذه المعاني محصولها هذا المراد بالوجه المذكور.

وقولي: فلم يظهر لتكرار الإعذار وجه، أشرتُ بتكرار الإعذار إلى علة منع الإعذار للقائم وهو وارث المسلم الذي أسقط الإعذار في قائم حياته وصحته وطوعه. ومعنى ذلك أن علة منع الوارث من الإعذار إليه هي كون الإعذار إليه تكراراً، لأن القاعدة أن تعليق الحكم على الوصف يفيد علية ذلك الوصف لذلك الحكم، وإذا أسقط الإعذار المسلم نفسه صار الإعذار بعد موته إلى وارثه في التسليم المذكور تكراراً لا معنى له. لأن القاعدة أن «كل تصرف لقاضي عن تحصيل مطلوبه فإنه غير مشروع ويبطل إن وقع» وما هو باطل قبل وقوعه كيف يسعى في وقوعه؟ هكذا في الورقة 23 من كتاب إعلام الرفاق منقولاً عن القرافي، وهو واقع في القاعدة الحادية عشرة من قواعد النكاح في الورقة 110 من ترتيب القواعد والفروق. والإعذار لوارث الرجل المسلم الذي أسقط الإعذار في تسليمه غير محصل لمطلوب الوارث لأن مورثه لما أن سقط الإعذار فطيب الملك للمرأة، فهو قائل: لا حق لي في ذلك. فهذا يلغي حق وارثه فلا يحصل مطلوبه من الإعذار إليه فتأمله.

وقولي: فقد ارتفع الخلاف بالحكم المذكور، هذا لأن حكم الحاكم في مسائل الخلاف الاجتهادية يرفع الخلاف. اعرف قضية الكاتب رجب في يوم الأحد خامس صفر عام 1006 [هـ / 18 سبتمبر 1597 م].

وقولي: على حسب ما نصّ عليه الأشياخ ابن محرز النخ، على حسب قيدين: رفع الخلاف بحكم الحاكم إذا وقع منه حكم، فأما الذي

قاله ابن محرز فوقع في الورقة 16 من الفصل الرابع من تذكير الغافل وتعليم الجاهل في الورقة 69 من الكتاب، وتكرر في الورقة السادسة من جواب الإعذار الموقى عشرين منه في الورقة 187 من الكتاب، ووقع كلامه أيضا في الورقة الموفاة 20 من كتاب إعلام الأعلام بما في الأحكام، واللفظ له .

قال ابن محرز - رحمه الله تعالى - : لا يثبت من أحكام القضاة إلا ما حكموا به قصداً إلى الحق إما بظن أو اجتهاد وإما تقليداً لمن صاروا إلى مذهبه، فأما ما حكموا به ظناً أو جهلاً أو تخميناً أو قصداً إلى الباطل فوافق قول قائل من أهل المذهب، فإن الحكم بذلك ينقض لأن الحكم بما ذكر لا يحل بإجماع الأمة، انتهى .

وأشار الشيخ ابن ناجي في خامسة جهاد كبيره في قول المدونة : وما أخذه المشركون من مال مسلم المسلمة⁽¹⁾ حيث يبيع الإمام مال مسلم إذا وجده [104 أ] في الغنيمة جهلاً أو عمدًا وعرفه ربه، أن ربه يأخذه بلا ثمن عند ابن القاسم، وقال سحنون : بالثمن محتجاً بأنه قضاء بمختلف فيه، وهو قول الأوزاعي . قال ابن ناجي : وتعقب ابن محرز الاحتجاج بأنه حكم من الحاكم جهلاً أو قصداً للباطل يجب نقضه وإن وافق قول قائل، لأن حكمه كذلك باطل إجماعاً . والحكم إذا وقع باطلاً إجماعاً فلا يُقرُّ إجماعاً، ولم يتعقبه ابن ناجي بحال فاعرفه .

وأما الذي للشيخ اللخمي فأشار إليه ابن فرحون في الورقة 29 من تبصرته . ونصه : قال اللخمي إن تُكشَف أحكام الجاهل فيرد من أحكامه ما كان مختلفاً فيه، لأن ذلك حرصاً وتخميناً والقضاء بمثل ذلك باطل، ونحوه لابن محرز . ثم نقل عن الشيخ ابن عبد السلام تفصيلاً . وأما الذي لصاحب التذكير فهو مذيّل على كلام ابن محرز من النقول العاضدة،
(1) كذا وردت الجملة بالأصل .

ومن الدلائل على أن العمل بالراجح واجب إجماعاً، وذلك في الورقة 70 منه. وأما الذي لغيرهم فأشرتُ به إلى ما وقع للشيخ البرزلي في الورقة. أما من ترجمة الأفضية والشهادات منه ونصه: لا خلاف أنه لا يجوز الحكم بالحزر والتخمين. قال شيخنا الإمام -يعني ابن عرفة- وكثيراً ما رأيتُ بعض القضاة يحكم في النازلة وهو لا يستند في حكمه لنقلٍ يذكره بحالٍ لما.....⁽¹⁾ من ماله إذا رجع في بعض أحكامه لم يذكر مستنداً ولا رواية ولا قولاً لبعض أهل المذهب. البرزلي: قال ابن الحاجب: فذلك فسقٌ وجور، يريد إن صادف الحق فالمشهور فسخه، وإن لم يصادف الحق فالإجماع على فسخه وإغرامه ما أنلف بحكمه، انتهى من البرزلي.

قلت: قد علمتَ من هذه النقول تمييز الحكم الذي يرفع الخلاف لصحته بجره على سنن الحق، والحكم الذي لا يرفع الخلاف لخلله ووجوب نقضه. وبقي شرط آخر في حكم الحاكم الراجع للخلاف وهو أن يكون الحاكم الذي حكم عرّف الخلاف وقصد مخالفته لوجه يقتضي ذلك. قال في الورقة 41 من التبصرة: إن حكم الحاكم يرفع الخلاف إذا علم ذلك الخلاف وقصد مخالفته، فكلما كان مختلفاً فيه وعرفه القاضي وحكم له مع علمه بالخلاف ارتفع أثر ذلك الخلاف بالنسبة إلى تلك الواقعة، اعرفه فيه. واعرف يوم السبت سابع جمادى الآخر عام 1008 [هـ / 26 ديسمبر 1599م] مرّ قريباً.

وقولي: وحيثُذ ذلك ماض يعمل بمقتضاه، تنوين حيثُذ عن جملة «تحكيماً للقاعدة العرفية فيها» والإشارة بذلك عائدة على التسليم وإسقاط الإعذار والتطبيب ماض ويعمل بمقتضاه. فمفهومه لو لم يرتفع الخلاف بذلك الحكم لكان حكماً مختلفاً فلا يوجب إمضاءً ولا عدماً، بل يكون

(1) كلمة غير مقروءة بالأصل.

الإمضاء وعدمه بحسب ما تقتضيه النصوص الشرعية . والله تعالى أعلم ،
وبه التوفيق .

الحمد لله ، سألني أحمد ابن المقرئ محمد زيتون الصبّاغ على يد
بلّكرم في يوم السبت 29 شوال عام 1008 [هـ / 15 ماي 1600 م] عن
سؤال وجواب وعطف .

نص السؤال بعد افتتاحه : جوابكم عن مسألة امرأة لها ثلاث بنات
استقررن في كفالتها وتحت إنفاقها ، فواحدة منهن لها ثلاثة عشر عاما ،
والأخرى ثلاثة عشر عاما ونصف العام ، والثالثة أربعة عشر عاما وعشرة
أشهر في سابق التاريخ . والآن تزوّجن وخرجن من قيد الحجر لأنهن
محجورات لغيرها . فماتت الآن الأم المذكورة⁽¹⁾ وادّعت أنها كانت
تنفق عليهن من مالها ، وأرادت الرجوع عليهن في ما لهن من الربع
مخلفا عن أبيهن . [104 ب] وقد كانت تستغلّ مالهن من موضع رقيق
وطرفتين زيتوناً ، غير أن الاستغلال لا يقوم بهن في النفقة ولا في
الكسوة . فهل للأمّ المذكورة مطالبة بناتها بما أنفقته عليهن وتحاسب
بما قبضته وتأخذ الشائط لها؟ وهل سكوتها طول المدة يُبطل حقها في
ذلك؟ وهل تصرفها في الربع المذكور وقبض غلته ينقض حقها أيضا أم
لا؟ وكيف ولو أقامت بينة أنها هي المنفقة عليهن لكن ما علمت البينة
هل النفقة من مالها أو من الاستغلال؟ هل تقبل البينة ويعمل بها أم لا؟
وهل يكون القول قول الأم في قدر الغلة أو تقدير أهل الخبرة فيها؟ وقد
كان الحاجر أوّلاً هو الذي يتصرف في ملكهن ويدفع النفقة لأمهن فلما
رأى كثرة النفقة عجز عن التصرف وأخرج نفسه من التصرف وأولاه
لأمهن المذكورة . وهذا يدلّ على قلة الغلة وكثرة الإنفاق ، والحالة أنها
كانت دفعت لمطلّقها درويش آغة خرصين ذهاباً زنتهما خمسة عشر

(1) كذا بالأصل ولعل الإصحاح يكون بإضافة : كانت .

مثقالاً، وزوج خلخال زنته رطل ونصف فضة، وغير ذلك في نفقة بناتها المذكورات حين طلب زوجها درويش، وثبت عليها ذلك في مدة ثمانية أعوام، والسلام.

ونص الجواب بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر وثبت أن الغلة لا تقوم بنفقة البنات المذكورات، وثبت أنها هي المنفقة عليهن في جميع المدة المذكورة، فلها الرجوع عليهن بالشائط على قدر الغلة بعد أن تحلف أنها إنما أنفقت عليهن إلا بقصد الرجوع عليهن. ولا يضرها طول المدة لقوله عليه الصلاة والسلام (لا يبطل حق المسلم ولو قدم) وما دفعته للدرويش المذكور قرينة تدلّ على أنها هي المنفقة، إذا جهل قدر الغلة فيقومها أهل الخبرة بها. والله تعالى أعلم. وكتبه أحمد بن محمد بن أحمد المسراتي. ويتلوه العطف ونصه: الحمد لله، ما أجاب به الشيخ المفتي أعلاه - حفظه الله تعالى - صحيح إذا ثبت ما ذكره السائل المذكور بواجب الثبوت. والله تعالى أعلم. وكتبه سالم بن علي النفاتي.

وكتبتُ تلو ذلك ما نصه: الحمد لله، للأُم المحاسبة مع بناتها في ما أنفقت عليهن ما استغلت من ملكهن إذا ثبت إنفاقها وثبتت حضانتها، ومن له فضل رجع به على الفريق الآخر عادة. وكذلك استغلالها غلة ملكهن لا يُسقط حقها في المطالبة وإنما عليها المحاسبة على ما مرّ. وقيام البينة بما ذكر في السؤال لا ينافي دعوى الأُم الحاضنة مع يمينها أن إنفاقها عليهن من مالها إذا ثبّتت حضانتها كما مرّ. وغاية ما بينها وبين بناتها المحاسبة بين ما لكل فريق من الفريقين على ما مرّ. وإذا ثبتت الحضانة فلا تنفقر للقرينة أصلاً وتؤخذ الأُم الحاضنة المستقلة في قدر الغلة لما جرت به العادة في الاغتلال مما يشبه. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييله، صرح السؤال بقوله وتحاسب بما أنفقت، ويقوله وهل تصرفها في الربع بقبض غلته؟ ويقوله وهل يكون القول من الأم في قدر الغلة؟ فهذه الصرائح الثلاثة تقتضي إنما استغلت ملك بناتها وأن مطلوبها في المحاسبة بين ما أنفقت وما استغلت.

فأجبتُ عن هذا الفصل الأول بأن للأم المحاسبة مع بناتها في ما أنفقت عليهن وما استغلت من ملكهن إذا ثبت إنفاقها [105 أ] أو ثبتت حضانتها، هذان شرطان على البدلية لا أنهما على المعية. ولذلك عطفتُ بينهما بأو المؤذنة بأنهما قسمان، كل منهما مستقل بالشرطية في رجوع الأم بنفقتها. فإما بثبوت فالشرطية فيه ظاهرة لأنه لا يُعطى الناس بدعواهم. واعرِف قاعدة الإيضاء في آخر إجازات الشامل، وابن عرفة وهي في الورقة 46 من الخامس. وإما بثبوت حضانتها إذا لم تثبت النفقة فلأن حاضن اليتيم إذا ادعى الإنفاق عليه فالقول قوله. والدليل على ذلك أمور منها قول صناعها: ومن كفل يتيما فأنفق عليه ولليتم مال فله أن يرجع بما أنفق عليه في ذلك المال أشهد أو لم يُشهد، إذا قال: إنما أنفقتُ لأرجع في ماله.

ابن ناجي: في الورقة 11 من صناع كبيره ما نصه: يريد بقوله وله مال أي عروض، ويريد وهو عالم به لقوله بعد إلا أن يكون له مال عروض، فيسلفه حتى يبيع عروضه. وإطلاقه المال في النكاح الثاني وفي الولاء وحمله ابن رشد على الخلاف وقال⁽¹⁾ يريد وهو عالم بالمال، فردّه إلى مسألة الصنّاع، هذه مجملة على الوفاق وبه أنا أقضي. وقوله: إنه يقبل قوله إذا قال: إنما أنفقت عليه لأرجع في ماله، هو المشهور. وعليه فيحلف أنه لم يقصد بنفخته الاحتساب ما لم يُشهد أنه إنما أنفق ليرجع وهو عندي يمين تهمة. ووقعتُ في نفقة أم وحكمتُ بتحليفها

(1) بياض بمقدار ست كلمات بالأصل.

لأن غير الأب فيه اختلاف في الفتوى، ولا يتخرج القول بعدم يمين الأم في الواقعة لأن اليتيم قصد الاحتساب فيه ألزم ولهذا جرت العادة بإشهادها أنها تنفق لترجع ليسقط عنها اليمين. انتهى من ابن ناجي. واعرِف تصديق المنفق في الإنفاق على من استقر في حجره بغير إيضاء أحد في آخر الزكاة الثاني من المدونة. وكلام ابن ناجي عليها في الورقة الأخيرة من الزكاة الثاني من كبره. وأوعبتُ الكلام في ذلك في واقعة عمر المكري في 26 شعبان عام 1006 [هـ / 3 أبريل 1598 م]. ومنها ما وقع للشيخ ابن عبد الغفور في كتاب الاستغناء ونصه: قال المشاور في رجل تزوج امرأة لها أولاد فكان أولادها مع أمهم على مائة الريب وفي بيته وداره زماناً، لهم أصولٌ ودورٌ، فلما بلغوا قام يطلبهم بالنفقة فأنكروه وقالوا: لم نأكل إلا مالنا. وأقام الريب البينة أنهم كانوا على مائده لا يعلمون الإنفاق ممن كان منهم، أن القول قول الريب الحاضن بيمينه، إلا أن يكون لأصولهم ودورهم غلة فيُنظر في يد من هي ويوقف على ذلك. فإن كان بين الريب والأم طولبا بذلك وقُوصصوا بالغلة في النفقة، فإن كان في ما استغلا فضلٌ بعد نفقاتهم كان الأيتام عليهما، وإن قصرت الغلة عن نفقتهم رجع الريب عليهم بذلك بعد يمينه أنه لم ينفق إلا ليرجع عليهم بذلك، إلى آخر ما قال. ثم قال: وفي المجالس إذا بلغ الأيتام فأنكروا الإنفاق فالبينة على الريب بالإنفاق وإلا حلفوا أنه لم ينفق عليهم شيئاً، وتسقط النفقة عنهم والعمل بالأول، انتهى.

قلت: وانظر أن العمل على أن القول... (1) [105 ب].... وصي على يتيم له أم هو في حضانتها فادعى وصيه أنه كان يدفع للأم نفقته، وقالت الأم: إنما المنفق عليه عمه من عنده وادعى ذلك العم القول قول من؟

(1) بياض بمقدار سبعة أسطر انقطع فيه هذا القسم من الجواب.

فأجاب: القول قول الأم مع يمينها. وذيل عليهما الشيخ البرزلي في الورقة 60 من نكاحه ما نصّه: هذا جارٍ على المشهور أن القول قول الأم لو ادّعت ذلك لنفسها، انتهى.

قلت: وهذه الدلائل الثلاثة دلّت على أن الحاضن لليتيم القول قوله إنه هو المنفق عليه من ماله، فإن كان لليتيم مستغلات أو أجرة صناعة أو خدمة في دار المنفق فوّصصَ بقيمة ذلك في النفقة حسبما أوعبتُ النقل فيه في الورقة 173 من الرابع، وفي الورقة 52 من الخامس، وفي الورقة 114 منه، وفي الورقة 67 من السادس، وفي الورقة 49 من السابع. وهذه النازلة حيث يكون المنفق حياً وقام يطلب إنفاقه وثبت إنفاقه أو حضائته. وأمّا لو قام وارثٌ وادعى إنفاق مورثه على يتيم ففيها فقهٌ آخر، اعرفها في الورقة 65 من الثالث، واعرف يوم الجمعة 21 ربيع الأول عام 1006 [هـ / 1 نوفمبر 1597 م] وأواخر جمادى الأولى عام 1006 [هـ / أوائل جانفي 1598 م] وأمّا إذا كان المنفق وصياً غير الحاضنة فهي واقعة عمر المكري في 26. ومسألة جواب الشيخ السيوري تشبهها في أن المنفق غير الحاضنة وشهدت له الحاضنة بإنفاقه، لكن في قول السيوري: إن القول قول الأم مع يمينها إشكال، حيث جعلها تحلف وهي شاهدة ويأخذ غيرها ما تحلف هي عليه، فإليك النظر في ذلك، والشيخ البرزلي لم يتعقبه بذلك. والله تعالى أعلم.

قولي: ومن له فضل رجع به على الفريق الآخر، هذا مرّ التصريح به في كلام المشاور، ووقع في الورقة 16 من نكاح البرزلي ما نصّه: وسئل ابن رشد عمّن له بنت في حجره لها مال ورثته عن أمها ودخل بها زوجها، وزعم أبوها أنه باع نصيب ابنته من أمها في تشورتها وأدخلها به، وأراد أن يقوم عليها في ما أنفق وكساها به من يوم موت أمها إلى دخول زوجها بها وقد استغل المال وله قدر كبير في الغلة.

فأجاب: ينظر إلى ما استغلّ وما أنفق وكسا ويُحسب ذلك، فمن شطّ له شيء رجع به على صاحبه، ونفقته وكسوته عليها بحسابها في غلتها، انتهى من البرزلي.

قولي: وسكوته طول المدة المذكورة من المطالبة لا يسقط طلبها، هذا جواب الفصل الثاني من فصول السؤال، والدليل على أن طول مدة سكوته يسقط طلبها بإنفاقها، مر في كلام المشاور، لأن في كلامه أن الأيتام لما أن بلغوا قام المنفق يطلبهم بالنفقة والبينة لم تُفد لأنهم لم يعلموا الإنفاق ممن كان منهم، ومع ذلك فقال القول قول الحاضن يمينه فلم يجعل لسكوته [106 أ] عن طلبهم إلى أن بلغوا أثراً في سقوط طلبه إياهم فتأمّله. وقد قال في خاتمة كلامه: إن العمل بالأول دون ما ذكره آخر عن المجلس.

وقولي: إلا أن تقتضيه عادةً، الضمير المنصوب في تقتضيه عائد على مصدر مفهوم من لفظ لا يسقط، أي إلا أن تقتضي عادة سقوط الطلب بالإنفاق إذا سكت الطالب. فإذا تقرر عادة بموضع النازلة بأن سكوت الحاضنة المنفقة عن طلب نفقتها من محضونها إلى وقت بلوغه ورشده يدلّ على إسقاطها حقها في طلبه، فيكون لهذه العادة أثر في السقوط ويجب العمل بدليل العادة المذكورة لوجهين: الأول قول الشيخ المغربي في ثانية ستور صغيره، وابن ناجي في ثانية ستور صغيره: «كل من يصدق شرعاً فإنما يصدق ما لم تكذبه العادة»، انتهى. وصرح الشيخ ابن شاس بأن «كل دعوى ينفى العرف وتكذبها العادة فإنها مرفوضة» ونقله الشيخ ابن عرفة في الورقة 54 من شهاداته وعضده في بحث الحيازة.

والثاني: ما وقع في جواب الشيخ أبي القاسم السيوري في مسألة نفقة الأب على ولده ثم يموت، قال: إنه ينظر إلى عادة أمثاله في بلده

إذا أنفقوا على أولادهم، فإن كانوا يرجعون بها في الغالب فعل ذلك، وإن كان الغالب من عادة أمثاله أنهم لا يرجعون فلا رجوع عليهم. فإن اختلفت العادة ولم تغلب واحدة على أخرى فيرجع بعد يمين من يرث في ذلك أنهم لا يعلمون أنه أنفق على أن لا يرجع، وإنما يحلف من يشبه أنهم يعلمون ذلك. وذيل عليه الشيخ البرزلي في الورقة 15 من ترجمة المديان وتوابعه ما نصه: تقدم الكلام في الرجوع بالنفقة بعد موت الأب، واختيار هذا الشيخ بحكم العادة إذا ثبتت، وهو وجه حسن ولعل ما وقع في الروايات يرجع إليه، انتهى.

قلت: وجه حسنه ورجوع ما في الروايات إليه أن أصل مذهب مالك - رضي الله تعالى عنه - مراعاة العادة، حتى أفتى اللخمي أن أصل مذهب مالك القضاء بالعرف. نقله البرزلي في الورقة 51 من نكاحه. وقال الشيخ المغربي والشيخ السطّي: إن العرف عندنا دليل من أدلة الشرع يقيد المطلق ويخصص العام ويفسر المبهم ويشهد لمدعيه. ووقع في شرح مختصر المحصول ما نصه: أنه يقبل عن مذهبنا أن خواصه اعتبار العوائد وليس كذلك، وإنما هو مشترك بين المذاهب ومن استقرأها وجددهم يصرّحون بذلك فيها. واعرف اقتضاء العادة تصديق مدعيه الإنفاق أو تكذيبها في سابع رجب عام 1008 [هـ / 24 جانفي 1600 م] مرّ قريبا.

قولي: وكذلك استغلالها غلة ملكهن لا يسقط حقها في المطالبة وإنما عليها المحاسبة على ما مرّ. هذا جواب الفصل الثالث من فصول السؤال، وما قلته هنا سندي فيه التصريح بما يقتضيه في كلام المشاور حيث قال: إلا أن يكون لأصول الأيتام ودورهم غلة، فإن كانت بيد المنفق والأم طالبا بذلك وقُوصِصا بالغلة في النفقة إلى آخره.

وقولي: وإنما عليها المحاسبة لا يعارضه قولي في صدر الجواب:
للأم المحاسبة، لأن المحاسبة تشتمل على مطلبين مطلب للأم بنفقتها،
ومطلب لبناتها بغلتهم. فكل من الفريقين له المحاسبة وعليه، ففي
مطلبه له وفي طلب مقابله عليه فيصح التعبير في حق [106 ب] كل
فريق باللفظيين معا، فتأمل.

وقولي: على ما مرّ أي في صدر الجواب، وفي هذا اللفظ إشعار بأن
المحاسبة شرطها ثبوت الإنفاق أو ثبوت الحضانة للأم الطالبة للمحاسبة.
وقولي: وقيام البيئة بما ذكر في السؤال، لا ينافي دعوى الأم الحاضنة
النفقة مع يمينها أن إنفاقها عليهن من مالها إذا أثبتت حضانتها كما مرّ،
أي في صدر الجواب. والذي ذكر في السؤال هو كون البيئة لا يعلمون
من مالها أو من الاستغلال.

وهذه الجملة جواب الفصل الرابع من فصول السؤال. فكون البيئة لا
يعلمون ما ذكر لا ينافي دعوى الأم النفقة إذا ثبتت حضانتها. ألا ترى أن
المحاسبة توصل كلا منهما إلى حقّه، والحضانة هي المفضية لتصديقها
في الإنفاق من مالها على ما مرّ في كلام ابن ناجي في قول المدونة
«ومن كفل يتيمًا» وفي كلام المشاور حيث قال: وأقام الريبب البيئة،
إلى قوله: إن القول قول الريبب الحاضن. وفي قول السيوري والبرزلي
حيث قال: المشهور القول قول الأم الحاضنة لو ادعت ذلك لنفسها
فالقول قولها تُقاصص بما قبّلها من ثمن الغلة، كما قال المشاور. فما
تصديق مدعي الإنفاق في كلامهم إلا لكونه حاضنا، فاعرف ذلك.

قولي: وغاية ما بينها وبين بناتها المحاسبة بين ما لكل فريق من
الفريقين على ما مرّ، سند هذه المحاسبة ما مرّ في كلام المشاور ولم
يتعقبه صاحب الاستغناء ولا صاحب الطرر بحال.

قولي : وإذا ثبتت الحضانة فلا يفتقر للقرينة أصلاً، هذه الجملة جرت مجرى الرد لما قاله المسراتي حيث قال في جوابه: وما دفعته للدرويش المذكور قرينة تدلّ على أنها هي المنفقة، وسندي في أن ثبوت حضانتها، يغني عن القرينة ما مرّ في كلام ابن ناجي والمشاور وتسلم ابن عبد الغفور وابن عتاب، وفي تذييل البرزلي على جواب السيوري. فإذا ثبتت حضانة الأم للبنات في زمن الإنفاق فحضانتها كافية في أنّ القول قولها في أنّ الإنفاق من مالها ويقاصص بالغلة، ولا يفتقر إلى البينة بالإنفاق فضلاً عن القرينة، لكن المسراتي لم تحوصل حوصلته هذا الفقه فلجأ إلى القرينة من تقرير ما ادعاه.

قولي : وتؤخذ الأم الحاضنة المستغلة في قدر الغلة بما جرت به العادة في الاغتلال مما يشبه، هذا جواب الفصل السادس من فصول السؤال، وسند هذا الجواب الخامس ما وقع في خاتمة الورقة الثامنة من وديعة البرزلي عن فتوى ابن رشد - رحمه الله تعالى - في وصي أنكر غلات ربع المحجور. فأجاب بأنه يؤاخذ بما جرت به العادة من الاغتلال مما يشبه، ولا يقبل قوله أن لا غلة له، البرزلي: ونزلت بتونس وأفتى شيخنا ابن عرفة بما ذكر ابن رشد وحكم به وساق واقعة شيخه.

قلت: قد أوعبتُ نقل ذلك في باب الإجارة من برنامج الشوارد. وإنما لم تُلحَق الحضانة في هذه النازلة بالغاصب والمتعدي، وألحقها بمسألة ابن رشد وهي مسألة وصي لأن الحضانة لها ولاية حسبما قرره أهل المذهب في باب الحجر بالحضنة، فالوصي أشبه منها بالمتعدي والغاصب. ومسألة صحة إيصاء بولدها في ماله من المال من قبلها تشهد لها بالسنة وإن [107 أ] كان قد قيده بالسنتين ديناراً ونحوها فاعرف ذلك واعرف الباب 39 في القضاء بالشهادة التي سندها الحزر والتقريب والتخمين في الورقة 146 من التبصرة، واعرف النوع التاسع

في الشهادة بالحزر والتقريب والتخمين في أنواع المستهلكات في جواب الاعتذار 19 في الورقة 175 من تذكير الغافل وتعليم الجاهل .

الحمد لله ، سألني منصور بن بلغيث المناري لأصحابه سالم وعبد السلام ولدي محمد المغربي من أهل بني بو غالب رأس الجبل في يوم الأربعاء رابع قعدة الحرام عام 1008 [هـ / 18 ماي 1600 م] عن نسخة رسم وجواب .

نص النسخة بعد الافتتاح : بعد أن توفي الحاج إبراهيم بن أحمد بن راشد الغربي من أهل بني بو غالب رأس الجبل عن جميع البيت الشرقي الباب من الدار الشرقية الباب الكائنة بريض البلد المذكور بالموضع المعروف بباب الجزائرين ، ويحدّه كذا وكذا بحقوقه وعمامة منافعه ، ومن حقوقه ثلث ساحة الدار . فورث ذلك عنه شقيقاه محمد ونجمة لا غيرهما في علم شهيديه . حضر الآن لشهيديه الشقيقان سالم وعبد السلام ولدا محمد المغربي من أهل البلد المذكورة واشتريا من المالكيين المذكورين جميع البيت المذكور بحقوقه ومنافعه أنصافاً بينهما وعلى الإيشاعة ، لا فضل لواحد منهما على الآخر ، اشتراء صحيحاً جائزاً منبرماً بلا شرط ولا ثنيا ولا خيار ، بثمان قدره بجميع ذلك ستون ديناراً نواصر قائمة بأعيانها . تبايعوا وتقابضوا في الثمن والمثمن كما يجب بعد الرؤية والتقليب والإحاطة وعلى السنة في ذلك ، ومرجع الدرك حيث يجب ويلزم شرعاً ، وذلك بعد اطلاعهما على المبيع المذكور وعلم كل منهما نصيبه منها . شهد على إسهادهم بذلك في الصحة والطوع والجواز أواسط محرم الحرام عام 1003 [هـ / أواخر سبتمبر 1594 م] وبمعرفة فلان .

ونص السؤال بعد افتتاحه : جوابكم بعد تأملكم من النسخة المسطورة أعلاه ، هل البيع المذكور صحيح أم لا؟ والآن قام في البيت المذكور

ورثة رجل أجنبي ادّعوا أن لمورثهم قبل الحاج إبراهيم راشد المالك المتوفى المذكور أعلاه دراهم احتازها بعد وفاة مورثهم بدعواهم، وأنه مات ومال مورثهم بدمته وطلبوا فسخ البيع بذلك. وقاموا على المشتري في ذلك بعد حوزة لمشتراه مدةً وأدخل ذلك لداره وهدمه وبنائه بمحضرهم معه في البلد، والبلد صغير بحيث لا يخفى عليهم علم ذلك. فهل يصح لهم القيام على المشتري ويردّ البيع لدعواهم والحالة ما ذكر أم لا؟ والسلام.

ونص الجواب بعد افتتاحه: تأملت سؤالك هذا ورسم البيع فوقه، وإذا كان الأمر كما ذكر فالبيع صحيح ولا مقال للورثة المذكورين مع المشتري المذكور، وإنما كلامهم مع ورثة المدين في دنائير مورثهم. والله تعالى أعلم. وكتبه سالم بن النفاي. وبطرة الجواب تصحيح الفقيه المسراتي.

ثم بدا لمنصور المناري فرغ ذلك ونسخ نسخة من رسم الابتاع وسؤالاً تحتها كالمذكورين سواء وطلب أن يكون جوابي وحده في هذين النسختين. فكتبتُ الجواب بما هذا نصه بعد افتتاحه: إذا [107] ب [كان الأمر كما ذكر فالحوز من تاريخ البيع إلى الآن نحو ستة أعوام مدة قاصرة. وأما البيع فإن كان الحاج إبراهيم غير معروفاً بالدين وباع وارثاه محمد ونجمة البيت المذكورة على ما يبيع الناس فلا تباعة على مشتري البيت في مشتراه المذكور، إنما التباعة على وارثي المدين في الثمن الذي قبضاه. وإن كان الحاج إبراهيم معروفاً بالدين وباع وارثاه محمد ونجمة البيت المذكورة على وجه المبادرة والتفويت لم يجز بيعهما، وللورثة القائمين نزع البيت ممن هي بيده ويتبع المشتري محمداً ونجمة البائعين بالثمن، هكذا قال مالك - رضي الله تعالى عنه - والله سبحانه وتعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييله، قولي: الحوز المذكور مدة قاصرة، أي لأنها نحو ستة أعوام فيها قادح وهو كونه حوزاً عُرِفَ أصله، والحوز إذا عُرِفَ أصله لا أثر له وإنما يُنظر إلى أصله إن صحَّ صحَّ وإلا فلا. ومدة الحوز القاطع لقيام القائم عشرة أعوام بين الأجانب، وبها فسّر الشيخ المغربي في المدونة في قول شهادتها قال مالك: ومن أقامت بيده دار سنين ذوات عدد الخ، وقيل تسعة أعوام. وكان الشيخ البرزلي لا يفسر المدونة إلا بالتسعة حيث قال: سنين. اعرف ذلك في الورقة 36 من شهادات كبير ابن ناجي. وأما مجرد البيع الذي هو أصل الحوز فالذي قلته في الجواب هو نص أوائل المدونة، ونصه: إذا باع الورثة التركة فأكلوا ذلك واستهلكوه ثم طرأت ديون على الميت فإن كان الميت يُعْرَفُ بالدين فباعوا مبادرة لم يجز بيعهم، وللغرماء انتزاع عروضه من يد من هي بيده ويتبع المشتري الورثة بالثمن. وإن لم يُعْرَفِ الميت بالدين وباعوا على ما يتبع الناس اتبع الغرماء الورثة بالثمن كان فيه كفاف أو لم يكن ولا تباعة على من ذلك المال بيده، انتهى.

قلت: قوله على من ذلك المال بيده، يؤذن لفظ المال بعدم الخصوصية للفظ عروضه، ويدلّ عليه أنه قد وقع في النكاح الثاني من المدونة ما نصه: ويبيع على الزوج الغائب في نفقة زوجته عروضه. المغربي في الورقة 12 من ثاني نكاح صغيره عن عياض: العرض ما سوى العين. ابن أبي زمنين: يدخل في العرض الربع وغيره، وهو قول أكثر أهل اللغة. أبو عبيد: هو ما عدا العقار والحيوان والمكيل والموزون وزاد في الورقة 25 من النكاح الثاني من كبيره من أكثر أهل اللغة: أن ما عدا العين فهو عرض.

قلت: في ثمانية تفليس الشامل: ومُنِعَ وارثٌ من بيع قبل وفاء دين، فإن فعل ولم يقدر الغرماء على أخذه إلا بالفسخ فلهم ذلك إلا أن يدفعه

الوارث من ماله على الأشهر، كما لو اسقطوا دينهم، انتهى. وفي
عاشرة قسم كبير ابن ناجي أن الورثة إذا قسموا التركة عالمين بالدين
فيحتم الفسخ. اعرفه فيه، واعرف الورقة 14 من الجزء الثالث. ويحلّفه
على الورقة 31 من الثاني.

الحمد لله، سألني محمد الطورني للحاج محمد الجاموري من القيروان
في التاريخ المذكور أعلاه، عن مسألة رجل أراد السفر للحج مع أخ له
مُراوِكٍ له في ما بينهما. وأخذ أحدهما من رجل مالاً على وجه القراض
يعمل فيه حيث شاء. فقضى الرجل العامل فرضه هو وأخوه [108 أ]
وهما على روكيتهما أتيا مصر فلما بلغاها معا حظ رحله مع أهل الركب
فأصابته جنابة من احتلام ومال القراض بسماط مع مالهما على وسطه.
فوضع السماط بما فيه من الأموال عند أخيه - على حسب عادة
المسافرين - وترك أخاه في الخباء وذهب يغتسل من جنابته في الحمام
فسُرِق السماط من أخيه بما فيه، فلما قدموا طلبه رب المال بماله لأنه لم
يأمره بإعطاء ماله لغيره. فهل تتوجه مطالبة رب المال لما ضاع من ماله
أو لا غرم على العامل في دفعه المال لأخيه لأنه شريك له في مالهما
الذي لهما في السماط مع مال القراض وهو ممنّ يحفظ مال أخيه إذا لم
يكن له فيه شرك؟ فأحرى وله فيه شرك، والسلام.

الجواب بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فلا ضمان على العامل
المذكور في إيداعه لأخيه إن كان ثقة، وذلك لعذر الجنابة الموجبة
لدخول الحمام، ألا ترى لو دخل الحمام والمال معه فضاع ضمنه.
وجنابة الاحتلام لا يمكن اطلاع البينة عليها فيحلف عليها ويبرأ. وإن
اتهم أخاه المودع حلف لحق رب المال على أنه سُرِق منه وبري أيضاً،
فإن كانت عادة العامل المودع مع أخيه الإيداع فعدم ضمانه أحرى لأن
العادة كالشرط. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذليله، في أوائل إقراضها لا يودع العامل شيئاً إلا لعذر كالمودع فإن فعل لغير عذر ضمن ويعذر في السفر. ابن ناجي في تاسعة إقراض كبيره: الإيداع إخراج من أمانته إلى أمانة غيره، انتهى.

قلت: شهد لعذر الحمام للجنابة أنه لو ذهب بالمال إليه فضاع ضمنه كما في الوديعة فجامع أن كلا منهما على الأمانة، أي على حكمهما وليس بشيء منها في الذمة. قال سحنون في من أودع وديعة فصرها في كفه مع نفقة ثم دخل الحمام فضاعت ثيابه بما فيها أنه ضامن. نقله ابن ناجي في ثانية وديعة كبيره والبرزلي في ثانية وديعته، وعليه مشى في الشامل في باب الوديعة أيضا. البرزلي في ثانية وديعته إثر مسألة الحمام ما نصه: وقعت مسألة وهي أن رجلا دخل الميضاة فنزع ثيابه وكيسه وفيه وديعة فطهر وخرج ونسي الكيس فتلف. فأفتى شيخنا بضمانه من مسألة الحمام وهو ظاهر إن وجد أين يضعها، وإن لم يجد فجري على مسألة النقل، انتهى.

قلت: استظهار الشيخ البرزلي الضمان في دخوله الميضاة بها إن وجد أين يضعها دليل على أن الأولى في حقه أن يضعها عند غيره ولا يدخل الميضاة بها ووضعها عند غيره ولم يدخل الحمام بها هو حال النازلة، حيث وضع العامل عند أخيه ولم يدخل الحمام بالمال، فمقتضى فعله أن لا ضمان عليه في وضعه وعدم دخوله به. فتدبره فهو وجه عدم ضمانه في النازلة وسقط ضمانه أيضا في إيداعه أخاه إذا كان شأنه إيداعه. يشهد له ما وقع في صدر كتاب الوديعة من المدونة ونصه: ومن أودعته مالا فدفعه لزوجته أو خادمه لترفعه إلى بيته ومن شأنه أنها ترفع له لم يضمن ما هلك من ذلك، وهذا ما لا بد منه. وكذا إن دفعه لعبده أو أجيره الذي هو في عياله أو رفعه في صندوقه [108 ب] أو تابوته ونحوه لم يضمن، ويصدق أنه دفعه لأهله وأنه أودعه على هذه

الأوجه التي ذكرنا أنه لا يضمن فيها وإن لم تقم له بينة، انتهى. قلت: قوله ويصدق أنه أودعه على هذه الأوجه التي ذكرناها أنه لا يضمن فيها، هو موضع دليلي على تصديقه في النازلة أنه أودعه لأخيه.

وقولي: وجنابة الاحتلام لا يمكن اطلاع البينة عليها فيحلف عليها ويبرأ. هذا جواب عن سؤال يرد وهو أن يقال: قد وقع في المدونة إثر مسألة وديعتها التي نقلت عن صدر وديعتها ما نصه: وإن أراد سفرًا وخاف عورة منزله ولم يكن صاحبها حاضرًا يردّها إليه فليودعها ثقة ولا يعرضها للتلف ثم لا يضمن. وإن أودعها لغير هذا الذي يعذر به ضمن، إلا أنه لا يصدق أنه أراد سفرًا أو خاف عورة منزل إلا أن يعلم سفره وعورة منزله فيصدق فمقتضى هذا أنه لا يصدق في العذر حتى يثبت، وكيف جعلته أنت يصدق في عذر الجنابة!

فأجبتُ عن هذا الإيراد بأني صدّقته لوجوه:

الأول، قولها السابق ويصدق أنه أودعه على هذه الوجوه التي ذكرنا أنه لا يضمن فيها وإن لم تقم له بينة.

والثاني، أن عذر الجنابة لا يمكن اطلاع البينة عليه فيستبرأ أمره بيمينه على إصابته الجنابة.

والثالث، أنه لو لم يودعه ثقة - وهو أخوه في النازلة - ودخل به الحمام فضاع ضمنه لما مرّ في كلام سحنون وفي فتوى ابن عرفة في مسألة الميضاة فاعرف ذلك.

قولي: فإن كانت عادة العامل المودع مع أخيه الإيداع إلى آخر الجواب، هذا مما نقل الشيخ ابن ناجي في الورقة 14 من عذر كبيره عن شيخه ابن عرفة ما نصه: مسائل المذهب ناصّة على أن العادة كالشرط، ونحوه في خامسة عذره أيضا وفي سابعة هبة العادة كالنص بدليل مسألة

ضحاياها إذا ذبح أضحيتك غيرك. قلت: واعرف الورقة 49 من الأول.
الحمد لله، سألني عمر الحجّام بن عمر الطراري من باب السويقه
وعمر والد البنت المذكورة بعد وذلك في يوم الأحد ثامن قعدة الحرام
عام 1008 [هـ / 22 ماي 1600 م] عن مسألة وجوابين.

السؤال بعد افتتاحه، جوابكم عن مسألة رجل عقد على بنت من أبيها
على الوجه الصحيح الشرعي ووقع بينهما الإيجاب والقبول. ثم بعد
مضي عام ونصف من زمن العقد قام والد البنت على الزوج بأن يرفع
البنت المذكورة أو يخليها، وترافعا لدى من يجب. وتأجل الزوج لرفع
البنت فادّعى والدها أنه عاجز عن نفقتها لضعفه ولزم الزوج النفقة عليها
وتأجل لدفعها، وقدرها مقدر النفقات بالمدينة وطلبه وكيلها فيها فامتنع
وقال: لا يلزمني لها نفقة لأنها في كفالة والدها حتى يقع البناء بها. فهل
تلزمه نفقتها لضعف والدها أم لا؟ والسلام.

ونص الجواب بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر ودُعي الزوج
للدخول والبنت مطيقة للوطء فيلزم الزوج النفقة عليها. وهذا هو المشهور
من المذهب ولا كلام له في ذلك. والله [109 أ] تعالى أعلم. وكتبه
أحمد بن محمد بن أحمد المسراتي. ويتلوه تصحيح الحاج سالم النفاني.
فكتبتُ تلو ذلك ما نصّه: الحمد لله، يلزم الزوج نفقة زوجته بأربعة
أوصاف: الأول أن يمكّنه من الدخول بها. الثاني، أن تكون مطيقة
للوطن وحدّ إطاقتها تسع سنين، وهو سن عائشة أم المؤمنين - رضي الله
تعالى عنها - وقت أن بنى بها نبينا - صلى الله عليه وسلم تسليمًا -.
الثالث أن يكون الزوج بلغ الحلم. الرابع أن لا يكونا مريضين مرضاً
مشرقاً على الموت، هكذا وقع في المدونة. وبعد أن دُعي الزوج إلى
البناء في النازلة ولزمته النفقة وتأجل لدفعها فقد تعينت على أصل ابن
القاسم وأشهب وارتفع النزاع. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييله، هذه الأوصاف الأربعة سماها بهرام في وسطه شروطها وعبر عنها في فصل نفقة الزوجة من المختصر بقوله: يجب لممكنة مطيقة للوطء على البالغ، وليس أحدهما مشرفاً على الموت الخ، ونحوه في الفصل من الشامل. وما عزوته للمدونة هو في أواخر نكاحها الثاني في قولها: ولا يلزم من لم يدخل نفقة حتى تبتغي منه ويدعى إلى البناء، فمن يومئذ تلزمه النفقة والصداق. قال الشيخ المغربي في عاشر النكاح الثاني من صغيره: قوله حتى تبتغي منه ليس هذا اللفظ في الأم. وقوله ويدعى إلى البناء، هذا مذهب ابن القاسم. وقال أشهب: لا تجب النفقة إلا بحكم السلطان. وفي كبيره قال اللخمي: والأول أحسن إذا علم أن لا عذر له فإن امتناعه لدد وإن أشكل أمره يوقفه السلطان.

قلت: ولما حصل في النازلة له الأمران وهما الدعاء إلى البناء وحكم القاضي باللزوم والتأجيل لدفعها، قلت في الجواب: وبعد أن دعي الزوج إلى البناء ولزمته النفقة وتأجل لدفعها فقد تعينت على أصل ابن القاسم وأشهب وارتفع النزاع. وأشرت بأصل ابن القاسم وأشهب إلى ما مرّ في كلام الشيخ المغربي أي فقد انفق القولان على اللزوم، وقد حصل ما استحسسه اللخمي من اللزوم حيث علم برده من قول السائل فامتنع، وقال: لا يلزمني لها نفقة، مع أنه قد لزمته، وإنما لزمته بالحكم. فحيث امتنع فقد تلدد فاعرف ذلك، واعرف الورقة 36 من السادس وقول المسراتي: ولا كلام له في ذلك، حيث نفى الكلام بلا التي هي نصّ في عموم النفي تحجير واسع وتكلم على العتب. وكان العتب على الثومي كاتب الأسئلة في تعاطيه هذه العبارة فصار هذا يتعاطاها في أجوبته وما يدرية أن ييري وجهاً ما أو كلاماً ما فحقه أن لا يحجر واسعاً. والله تعالى يُلهم الجميع التوفيق بفضله.

الحمد لله ، سألني درويش يلداش في يوم الأحد ثامن قعدة الحرام
عام 1008 [هـ / 22 ماي 1600 م] لموكله محمد شلبي المذكور بعد
عن نسخة رسم إيداع وسؤال وجواب .

نص [109 ب] النسخة بعد الافتتاح : ذكر لشهيديه الأجل محمد
شلبي بن إبراهيم التركي أن له بذمة علي بن أحمد حجيلة خمسا وخمسين
كرونة ذهباً ونصف كرونة ثمن حرير قبّله منه وقبضه ، وأنه لما حلّ أجله
تغيّب عنه وتمادى على الغيبة ولم يظهر له وطال تغيّبه وأنه صار يبعث
إليه ويطلب منه أن يصلحه في المال ويترك عنه شيئاً منه ، وأنه خشي أنه
إن هو لم يوافق على مطلبه يتمادى على الغيبة ويُتعبه ويشغل باله ،
فألجأه الحال إلى موافقته في الظاهر حتى يظهر ويستوفي منه حقه .
فأشهد الآن شهيديه أنه مهما صالح علياً المذكور بترك شيء من المال
المذكور قليل أو كثير ، وأشهد أنه إن ترك عنه ذلك وأبرأه فيه أو عمّم له
الإبراء ، أو اعترف بقبض جميع حقه منه ، فإنه إن فعل ذلك فإنه إنما هو
على غير وجه الانبرام والالتزام ، بل على وجه الانحلال وعدم الانعقاد .
وإنما يفعل ذلك إن فعله تأليفاً لعلي حجيلة المذكور حتى يظهر ويستوفي
منه حقه ، وهو قائم على حقه منه متى أمكنه ذلك شرعاً حتى يستوفي
منه ، طال الزمان أو قصر . ولو أبرأه وأسقط في إبرائه الإيداع والإيداع
في الإيداع ، ولو اعترف فإنه لم يودع ، ومهما ظهر منه إيداع فلا عمل
عليه ولا قيام له به ، فإنما ذلك منه تأليفاً لعلي المذكور وإلا فهو غير
ملتزم لذلك ولا راضٍ به ولا داخل تحت حكمه ، وهو قائم معه على
حقه متى أمكنه ذلك شرعاً . استرعى شهيديه هذه الشهادة واستحفظهما
إياها ليجدها عند الحاجة إليها متى احتاجها . واستأذن في ذلك من
يجب - أعزه الله تعالى - فأذن له في ذلك إذناً تاماً . شهد على إشهاده
بذلك في الحالة الجائزة ثالث عشر محرم عام ثمانية وألف [1008 هـ

/ 4 أوت 1599م] بمعرفته ممن سمع ممن يجب الاذن في ذلك فلان
وفلان من عدول تونس . وبطرته طابع الشيخ القاضي .

ونص السؤال بعد افتتاحه : جوابكم بعد تأملكم من النسخة المقيّدة
أعلاه، فهل الرسم المنتسخ أعلاه صحيح عاملٌ أم لا؟ وإن وقع من
محمد شلبي المذكور إبراء أو صلح أو غير ذلك في المال المذكور فله
حلّه بمقتضى هذا الإيداع المنسوخ أعلاه، وله القيام به على المدين
المذكور ويستوفي منه حقّه الذي له بذمته كاملا ولا مقال للمدين المذكور
في ذلك أم لا؟ والسلام .

ونص الجواب بعد الافتتاح : تأملتُ السؤال المقيّد أعلاه وما فوقه .
وإذا كان الأمر كما ذكر وثبت الإيداع المذكور ثبوتا تاما فهو عامل
ويُقضى به وله نقض الصلح المذكور، ويطلب جميع حقه إذا كان ثابتا .
وهذا عليه المتقدمون والمتأخرون من أصحاب مالك، نص على ذلك
ابن سهل - رحمه الله تعالى - . وكتبه أحمد بن محمد بن أحمد المسراتي .

فأجبت بما نصه : الحمد لله ، الإيداع صحيح عامل ولمحمد شلبي
رب الحق ولمن ينوب عنه نيابةً شرعية أن يحلّ الصلح المذكور بالإيداع
المذكور ويستوفي من المدين حقه الذي له بذمته . والعمل [110 أ]
بالإيداع منصوص عليه في سماع سحنون وابن القاسم . قال الشيخ
المغربي - رحمه الله تعالى - : وأقيم من المدونة إعماله واعتماده في
الأحكام . وركن المودع لشهود الإيداع تغيب مدينه عنه وأنه اضطر إلى
مطاوعته للصلح لاستتلافه حتى يظهر هو عين تقيته وهو أمر قلبي لا
تعلم البيئة إلا من ذكره، إلا من قصده به . وقد نصّ العلماء على أنه إذا
قال الغريم : إن أخرتني اعترفتُ لك بحقك عندي فيؤخره فله نقض
التأخير وبه الفتوى . وقوله : إن أخرتني اعترفتُ لك ، كقوله في النازلة :

إن تركت بعضه ظهرت لك . ووقع في سماع ابن القاسم : من فرَّ عبده عنه للعدو فقال له سيده : اخرج وأنت حرّ، فقال لشهوده : إنما يقوله للبعد استجلاباً له ، نفعه ذلك ولا يلزمه تحريره . وقول رب الدين في النازلة لشهود : أنا أقول للمدين إذا ظهرت أصالحك وأترك عليك بعض حقي كمسألة السماع سواء ، إذا خرجت لي فأنت حر . وإذا كان المدين مالكيّ المذهب لزمه العمل بحكم الإيداع لأن المذهب المالكي يقول بالإيداع فلا يخرج على حكم مذهبه . والله تعالى أعلم ، وبه التوفيق .

تذييله ، سماع سحنون ذكره ابن ناجي في ثلاثة النكاح الثاني من صغيره في قولها : وإن أظهرها مهراً أو أسراً دونه أخذ بما أسراً إن شهد به عدول ، وذكره الشيخ المغربي في كبيره . وكلام الشيخ المغربي في إقامة إعماله من المدونة وقع في مسألة المهر من صدر النكاح الثاني من صغيره .

قولي : وذكر المودع لشهود إيداعه إلى قولي : هو عين التقية ، ذكر مبتدأ ، وقولي ، وهو عين التقية جملة من مبتدئ وخبر ومضاف إليه ، خبر عن ذكر وضمير هو عائد على ذكر . وقولي : وهو أمر قلبي لا تعلمه البينة ، ضمير وهو عائد على مضاف محذوف في قولي لاستئلافه والتقدير لقصد استئلافه إذ الاستئلاف لا صورة له في الخارج إلا بما يقصد إليه به ، فهو إنما يعرف بما يقصد به إليه ، والقصد أمر قلبي لا تعلمه نية الإيداع إلا من ذكر المودع أنه قصده ، وقد تضمن ذلك إيداعه . ومسألة قول الغريم : إن أخرتني ، وقعت في المختصر في باب الصلح وعزاه للأحسن وهو قول سحنون . وفي التوضيح : وبه أفتى بعض أشياخنا ، انتهى . ولهذا قلت في جوابي : وبه الفتوى . ومسألة سماع ابن القاسم في تحرير العبد الخ ، وقعت في الورقة 26 من بيوع البرزلي . وتشبيه النازلة بالمسألتين بين جلي ، خصوصاً المسألة الأولى منهما لأن الثانية

فيها حرية ترجع إلى التبرعات، والمدين المالكي لا يسوغ له الخروج عن أحكام مذهبه بلغوا الإيداع بل يلزمه العمل به لأنه عامل عند المالكية .

الحمد لله، سألني علي بن عمر عرف الشامخ من أهل قلعة الزعارنة القلعة الكبيرة في يوم الثلاثاء سابع عشر صفر الخير عام ستة وألف [1006 هـ / 29 سبتمبر 1597 م] عن نسخة حكم نصها بعد الافتتاح: بعد أن كان في سابق التاريخ إبراء عبد الله بن الحاج مرزوق بن بكار اللواتي القلعي مسعودة وسليمة وفاطمة بنات عمته شقيقة والده المذكور عائشة بنت بكار المذكور وفي ما أنجر له بالإرث فيها، في ما ورثته هي من زوجها محمد بن عبد الله بن جدي من البلد والقبيل في جميع [110 ب] مخلفه داخل قلعة الزعارنة وخارجه من البياض المشجر والدمن والساحات والقاعات وغير ذلك من أنواع الأملاك، وفي ما أنجر لمورثة عمته عائشة المذكورة في جميع مورثها في التركة المذكورة من أي وجه صار لها في زوجها محمد بن عبد الله المذكور وفي غيره إبراء تاما وطلقا عاما حاسما قاطعا لجميع الدعاوي وكافة المطالب وعلقة الأيمان والتباعات من أي وجه، بعد معرفته بالتركة المذكورة من أي نوع من البياض والمشجر وغير ذلك كما ذكر وموضع أماكنه من البلد المذكورة داخلا وخارجا، بالسواء بين ثلاثهن . على أن أبرأه الشامخ بن سعيد بن الشامخ من البلد والقبيل، وعلي بن عمر بن الشامخ المذكور في المطيرتين⁽¹⁾ زيتونا كائنتين بالبلد المذكور، بالسانية المعروفة بسانية بكار المذكورتين، ومعرفتهما بأماكنهما من السانية المذكورة كافية . أبراه بالنيابة عن زوجتيهما مسعودة وسليمة المذكورتين في المطيرتين المذكورتين بما اشتملتا عليه من أصول الزيتون، على أن أبرأه هو البنات

(1) المطيرة: هي القطعة من الأرض المزروعة شجر زيتون، وهو استعمال ما زال دارجا في بلاد الساحل من تونس .

الثلاثة المذكورات في ما طار له في عمته المذكورة وأي وجه في الرباع المذكورة على النسبة المذكورة. وبذلك انفردت البنات الثلاثة بمنابه في عمته كما انفرد هو بالمطيرتين المذكورتين، حسبما رسم الإبراء في غير هذا بالشهادة العادلة ثابتة لدى من يجب الثبوت التام بعد استيفاء الموجب في ذلك كما يجب.

وقف على ذلك شهيداه مؤرخا بتاسع عشر صفر الخير عام أربعة وتسعين الفارطة من القرن المنصرم [994 هـ / 9 فيفري 1585 م]. وحاز عبد الله المذكور المطيرتين المذكورتين فيه وتصرف فيهما بأنواع التصرف الذي لا [يتصرف]⁽¹⁾ بها إلا المالك المذكور في ملكه بمحضر البنات المذكورات وعلمهن وموافقتهن على تصرفه الموافقة التامة. ولم يصدر منهن تغيير ولا تنكير البتة، ولم يزل على تصرفه فيهما إلى الآن. كما حزر البنات الثلاثة مناب عبد الله المذكور في تركة من ذكر وتصرفن فيه التصرف التام بمحضر عبد الله المذكور وعلمه وقدرته ولا مانع يمنع، ولم يصدر منه تغيير ولا تنكير عليهن بوجه إلى أن توفيت فاطمة وورثها ورثتها من بعدها، وأقاموا مع أختيها في الحوز والتصرف ولم يزالوا كذلك إلى الآن.

قام عبد الله المذكور على البنتين المذكورتين وعلى ورثة فاطمة في الأملاك المذكورة وزعم أن الإبراء التي صدرت منه فاسدة باطلة شرعا. وترافع مع المقوم عليهم لدى من يجب قاضياً بسوسة حين التاريخ وسأله النظر في أمرهم. وأخذ عبد الله المذكور نظيرة رسم الإبراء المذكور وتأجل الآجال الشرعية بتلوماتها فانقضت عليه وأدلى بفتوى الشيخين المفتيين المذكورين أبي محمد سيف الدين عظام وأبي محمد جمال الدين الخلفي، وذلك بعد انقضاء الآجال عليه. مضمونها

(1) إضافة تقتضيها الجملة.

أن رسم الإبراء المذكور باطل فاسد شرعاً بحق الله تعالى للجهل بأحد العرضين، يُفسخ شرعاً ويرجع كل من الورثة إلى أصل منابه من التركة حسبما فتواهما في غير هذا. وقف عليهما واستفتى المقوم عليهما الشيخ المحقق المفتي علي عبيد التونسي والشيخ العالم العَلَم الصدر الأشهر المفتي الأخطب المدرس محمد قشور الجبالي والشيخ العالم المفتي المحقق أحمد المسراتي، مفتيي تونس. هل رسم الإبراء الصادر من عبد الله المذكور صحيح عامل قاطع لحجته وقيامه؟ لأن معرفة عبد الله [111 أ] المذكور للأملك التي صدر منه الإبراء فيها ومعرفة منابه منها حاصلة باعترافه، أو هو سقيم؟

فأجاب الفقيه علي عبيد بما نصه بعد الحمدلة: الإبراء المقيّدة نسخته أعلاه صحيح قاطع عامل لحجة عبد الله المذكور وقيامه باطل.

وأجاب المفتي أحمد المسراتي بما نصه بعد الحمدلة: إذا كان عبد الله المذكور عارفاً بالأملك المذكورة وقدر منابه منها كما ذكر، وعارفاً أيضاً بالمطيرتين المذكورتين اللتين إحداهما عوض عما أبرأ فيه. وصحت نيابة الشامخ وعلي بن عمر عن زوجتيهما مسعودة وسليمة المذكورتين بوكالة أو شببها في إبرائهما عليهما في المطيرتين المذكورتين. فإذا حصل ما ذكر فالرسم المذكور حينئذ صحيح عامل ولا مقال فيه إذا ثبت ملك المتوفاة للأملك المذكورة.

وأجاب الفقيه محمد قشور بما نصه بعد الحمدلة: إذا ثبتت نيابة الشامخ وعلي المذكورين على من ذكر ولم يكن عليهما غبن في ما أبرأا عنهما فيه بالنظر إلى ما أخذ لهما، مع معرفة عبد الله بقدر ما أخذ وخرج عنه للمرأتين المذكورتين. فما أجاب به الشيخ المفتي -حفظه الله تعالى- أعلاه صحيح، وبمثله أجيب.

وأدلى المقوم عليهم لدى من ذكر المشار إليه فتاوى من ذكر وأمضى نظره السيد في جميع الفتاوى التي بيد عبد الله من شيوخ القيروان، والذي بيد المقوم عليهم من شيوخ تونس . وقف عليها شهيداه وأثبت المقوم عليهم أن عبد الله المذكور عارف بالأملآك التي أبرأ فيها وبقدر منابه منها، وأنه عارف أيضا بالمطيرتين المذكورتين، شهادة من قبل . سمع ثبوت ذلك منه شهيداه ووجدا زوجتي الشامخ وعمر موافقتين على ذلك وأنهما ما جعللا ذلك إلا بإذنهما ورضاهما لأنهما من بعض المقوم عليهم . واعترف عبد الله بصحة ملكية العمدة المذكورة بما ذكر لأنه قائم من حقها . وتوفرت الشروط التي أوقف عليها الفقيه أحمد المسراتي صحة الإبراء .

ثم إن القاضي المشار إليه لما تشعبت عليه القضية وتعاضت فتاوى الشيوخ المذكورين واستشار الشيخ الأجل العالم الأفضل العلكم الأقبل المفتي المحقق الماهر المدقق، من فاز عن أقرانه، وإذا تعارضت المشكلات أزالها بسهام نظره إبراهيم الكلثومي وأطلعه على فتاوى شيوخ تونس وعلى فتاوى شيوخ القيروان، وأمعن نظره السيد في ذلك وأطال فكره، فوافق على ما أجاب به شيوخ تونس واحتج على صحة فتاويهم بحجج قاطعة شرعية دقيقة . فحيثئذ استخار الله القاضي بسوسة وأشهد أنه حكم بصحة الإبراء المذكور الصادر من عبد الله لبنات عمته المذكورات وبإمضائه كما يجب . وقطع حجة عبد الله القائم المذكور وقيامه لعدم نهوض حجته شرعا، وأبقى المقوم عليهم على تصرفهم في الأملآك المبرأ فيها، ورحج فتاوى شيوخ تونس على فتاوى شيوخ القيروان وقضى بها وبما أجابوا به، وبما أجاب به إبراهيم المذكور حكما تاما أمضاه وألزم نفسه العمل بمقتضاه، أظهره وبيته وأعلنه وهو بمجلس حكمه ومحل فصل قضائه من البلد المذكور وسائر عمله مستندا

في ذلك لما أفتى به شيوخ تونس وغيرهم وهو إبراهيم المذكور، وعملاً
بفتواهم ولانقضاء الآجال على عبد الله المذكور وخروجها [111 ب]
عليه، ولم يأت في أثنائها إلا بفتاوى شيوخ القيروان.

شهد على إسهاد القاضي بما عنه فيه وهو على أكمل حالات الإسهاد
عليه شرعاً، وعرفه وعلم أنه القاضي حيث ذكر حين التاريخ ووقف
على ما نسب الوقوف عليه، سمع ممن ذكر ما نسب السماع إليه فيه،
وذلك كله أواسط حجة الحرام خمسة وألف [1005 هـ / أوائل أوت
1597 م] وبه شهد القاضي المشار إليه فيه محمد بدر الدين بن محمد
السوسي، وشهد على الشيخ القاضي المشار إليه فيه بحكمه لمن ذكر
فقط بتاريخ فيه محمد بن عمر السوسي.

ونص السؤال بعد الافتتاح: وأتى به علي بن عمر الشامخ المذكور
بتركي قال: أرسلني إليك نسيب الباشا حسين الآن بعد افتتاحه: جوابكم
بعد أن تتأملوا من الحكم المذكور، فهل يمضي الحكم المذكور ويلزم
الفريقين العمل بما حكم به الحاكم المذكور وهم عبد الله ابن الحاج
مرزوق، ومسعودة وسليمة وفاطمة بنات عمته المذكورات؟ أو لا يمضي
الحكم المذكور ولا يلزم الفريقين ما حكم به الحاكم المذكور؟ والسلام.

فأجبت بما نصه بعد افتتاحه: تصفحتُ رسم الحكم وما صُدِّر به
وعلمتُ ما في ذلك. وإذا كان الأمر كما ذكر، ففي أصل المعاوضة
المذكورة وهنَّ من وجوه يغني جلاؤها عن التعبير حسبما أشار إلى
بعضها في جواب الفقيه أبي العباس أحمد المسراتي في ما حكاه عنه في
الحكم المذكور، وهو الذي وقع في فتاوى أهل القيروان، لكن بعد أن
اتصل بها حكم الحاكم فيلزم الفريقين عبد الله وحفيداته العمل بما حكم
به الحاكم المذكور ويمضي عليهما ذلك ويأخذ عبد الله المطيرتين وتأخذ

البتان مسعودة وسليمة وورثة فاطمة المناب كما وقع الحكم المذكور إذا توفرت شروط الحكم وأسبابه وانفتت موانعه كما يجب . لأن حكم الحاكم في مسائل الخلاف يرفع الخلاف على حسب ما قاله الشيوخ ابن محرز واللخمي وغيرهما من شيوخ المذهب . والله تعالى أعلم ، وبه التوفيق .

تذييل ، في أصل المعاوضة المذكورة وهنّ من وجوه يُغني جلاؤها . لم نفسر الوجوه في الجواب خوف التطويل بذكرها وذكر النقول على وفقها ولفوات تدارك حل المعاوضة بها بسبب وقوع الحكم المذكور . وأما التذييل الآن فلا بأس بذكر ما أمكن منها لنكمل الفائدة للمطالع . فمنها دعوى جهل المناب ، ومثار الجهل المقتضي لقبول دعوى مدعيه كونه منابا مركبا لا يتوصّل إلى معرفته في الغالب إلا بعد معالجة أعمال حسابية إنما يعرفها خواص الفقهاء لا العوام ، وشرح قبول دعوى مدعي الجهل به .

قوله : وفي الوثيقة وفي ما انجرّ لعمته في التركة من أي وجه صار لها في زوجها وفي غيره . وقد ثبت في الحديث الصحيح (النهي عن بيع المجهول) حسبما هو في القاعدة السادسة من قواعد البيوع من ترتيب القواعد والفروق في الورقة 24 منه ، ودعوى جهل المبيع من دعوى الفساد . قال الشيخ ابن عرفة : وقول المتيطي وغيره إنه من دعوى الغبن ليس كذلك ، انتهى . اعرف ذلك في (1) على الورقة 49 من المباني ، وفي الورقة 158 من الخامس ، واعرف ما في الورقة 180 من السابع [112 أ] في بيع حظ الميراث وفي دعوى جهل الحظ فيها إيعاب ذلك ، وفي ثامته أيضا أن المجهول هو ما علم حصوله وجُهلّت صفته وبه يمتاز عن بيع الغرر . اعرفه هنالك معزواً للقاعدة الحادية عشرة من (1) بياض بمقدار كلمة في الأصل .

قواعد البيوع من ترتيب القواعد. والقاعدة أن «القول قول مدعي الفساد في المعاملات» اعرفه في ثانية رهون البرزلي عن حكم ابن أبي الدنيا وغيره وصوبه البرزلي، وبه أفتى الشيخ الزنديوي قائلاً: قال شيخ شيوخنا -يعني ابن عرفة-: إن العمل استمر بمختار اللخمي أن القول قول مدعي الفساد لكثرة وقوعه وفُشُوهُ، اعرفه في الورقة 172، وفي الورقة 123 من الثاني، والورقة 106 منه.

ومنها⁽¹⁾ اختلال النيابة - أعني نيابة الشامخ وعلي عن زوجتيهما مسعودة وسليمة - في المعاوضة المذكورة. فإن نيابتهما عنهما مذكورة في رسم المعاوضة على طريق الحكاية دون تضمين وقوف على ما يقتضيها ولا سماعها ممن شهد بها ولا سماع ثبوت موجبها من حاكم. ومنها أن الإعذار التي أشار إليها في رسم الحكم إعذار في شيء ناقص، والقاعدة أن «الإعذار في الشيء الناقص لا يفيد شيئاً ولا يوجب حكماً» وحينئذ فعجز الخصم عنه كلا عجز، وإسقاطه الإعذار فيه كلا إسقاط إذا وقع عجزه وإسقاطه تصريحا عن انقضاء مدة الإهمال خاصة. والحوز الذي لهج بحكايته، واعرف به منشئ الرسم وهو إبراهيم الكلثومي الحدث العَمَر غير عامل، لأن أصل ابن القاسم - رضي الله تعالى عنه - في المدونة أن الحوز المعلوم الأصل إنما يصحّ بصحة أصله، وأما مع مجردة فلا أثر له ولا عبرة به على المشهور. صرح به الشيخ البرزلي في ثامنة الدعاوى وسيأتي في تذييل واقعة عبد السلام اللوز إيعاب ذلك، وفي برنامج الشوارد.

وقولي: إذا توفرت شروط الحكم وأسبابه وانتفت موانعه كما يجب، أي بحيث يكون موافقا للأوضاع الشرعية وجارياً عليها. اعرف الأسباب

(1) أي وجوه الوهن.

والشروط والموانع والأوضاع الشرعية بنقولها، مرت في يوم الأحد
خامس صفر قريباً موعبة.

وقولي: لأن حكم الحاكم في مسائل الخلاف يرفع الخلاف على
حسب ما قاله الشيوخ ابن محرز والرخمي وغيرهما من شيوخ المذهب،
اعرف شرح هذه الجملة والتي قبلها، فقد أوعبته في يوم الأحد المذكور
في قضية رجب الكاتب، فقد شرحت ذلك وبينته أتم بيان. وهو على
الحقيقة المرجوع إليه في كل ما وقع أو يقع من أحكام القضاة حيث
كانت، وخصوصاً في هذه الأزمنة الفاسدة التي غلب فيها الجهل والهوى
والفساد ومخالفة الحق في دين الله تعالى وفي شرعه جهاراً، حتى صار
في كل كُويرة نياب⁽¹⁾ تتصرف في الشرع بفتاوى أحداث انتصبت للإفتاء
في دين الله. وهم على الجهل المركب والحداثة وعدم نقل مجرد قراءة
أدنى الكتب. فكل ما منع من أحكام منهم⁽²⁾ فصحتها مبنية على ما
أوعبته وبينته حيث ذكرت. واعرف التنبيه الثامن من جواب السؤال 40
من الأحكام للشيخ شهاب الدين القرافي في شرط المفتي [112 ب].
والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

الحمد لله، سألني يحيى بن أحمد الفوراتي الصفاقسي في أواخر
صفر الخير عام 1006 [هـ / أواسط أكتوبر 1597 م] عن نسخ رسوم
أربعة:

نص الأول منها بعد الافتتاح: أشهد محمد بن يحيى الفوراتي أنه
تصدق على أولاده الأربعة الأشقاء، أحمد ويحيى وعبد اللطيف،
الجائزي الأمر الآن، وأبي الفضل الصغير السن الآن، بالسواء بينهم
بجميع دار سكنه القبيلة المفتحة الكائنة بالقرب من مسجد القلسي شرقي

(1) جمع نائب.

(2) كل ما وردت الجملة مضطربة بالأصل.

صفاقس، وهي المستجدة البناء. يحدّها شرقاً دويرة من حقوقها داخلية في الصدقة معها، وغرباً كذلك، وجوّفاً كذا، بجميع حقوقها وعامة منافعها والدويرة الملاصقة لها المحدودة بها، صدقة صحيحة بتّة بتلة لوجه الله العظيم. صرّم ذلك من ماله وأبانه عن كسبه مع جميع ما احتوت عليه الدار المذكورة من صنديق وأثاث ونحاس وفخار وقش على اختلاف أنواعه وتباين أجناسه. وصير جميع ذلك مع الدار والدويرة المذكورتين ملكاً من أملاك أولاده المذكورين الأربعة بالسواء بينهم والاعتدال، مالا من مالهم في حوز ذلك عنه وقبوله منه.

وحضر أحمد وعبد اللطيف المذكوران وقبلاً ذلك من والدهما المذكور لهما ولشقيقهما يحيى بتوكيله لهما على ذلك بشهادة شهيديه لغيبته حين الصدقة عن البلد، ولشقيقهما أبي الفضل الصغير السن بإذن والدهما المذكور، وحازا الدار المذكورة وما بها من قش وصنديق وغير ذلك بمعاينة شهيديه تميماً للصدقة المذكورة وإمضاء لحكمهما الشرعي. ولم يبق بالدار المذكورة ولا بالدويرة شيء على ملك المتصدق المذكور عدا البيت الصغير الشرقية الباب استثنائها لنفسه ليسكنها مدة حياته، فإذا مات لحقت بالصدقة المذكورة.

شهد على إشهاده بذلك وهو بحال صحة وطوع وجواز أمر، وعلى أولاده الثلاثة بما نسب عنهم من توكيل وقبول وحيازة وعلم صغر أبي الفضل المذكور بتاريخ أواسط شعبان عام اثنين وألف [1002 هـ / أوائل ماي 1594 م] وفي إسهاد المتصدق المذكور أنه كان أسكن زوجته فاطمة بنت الراس عبد الله المكماك المحرسي في جميع المخزن الشرقي من الدار المذكورة مدة حياتها، وتنتفع بمنافع الدار المذكورة كالشرب من ماجنها والاستقاء من بئرها وغير ذلك من منافعها، ووافق ولداه المذكوران على ذلك الموافقة التامة واعترفا بحوزها للمخزن المذكور.

وفي إسهاد الأولاد الثلاثة الجائزي الأمر المذكورين أنهم أبرؤوا والدهم المذكور في جميع ما كان تولّى قبضه لهم من إرث والدتهم عائشة بنت الرئاس سالم بن طاهر المحرسي . وكذلك أبرؤوه عن أولادهم من جراء وصية أمهم المذكورة الإبراء التام . وشهد بالجميع في التاريخ فلان وفلان .

ونص الثاني بعد افتتاحه : أشهد المعلم أحمد بن يحيى الفوراتي أنه مهما صار منه إسهاد بصدقة على أولاده أحمد ويحيى وعبد اللطيف وأبي الفضل بدار سكناه القبليّة الباب المستجدة البناء الكائنة بالقرب من مسجد القلسي أو تعميرهم فيها أو غير ذلك من سائر التبرعات ، فهو غير ملتزم لذلك ولا يعوّل عليه إن وقع ، وإنما يفعله استجلاباً لبرّهم وجبراً لخاطرهم [113 أ] وأودّع عند شهيدته هذه الشهادة ليجدها عند محلّ الحاجة إليها . شهد على إسهاده بذلك وهو بحالة صحة وطوع وعرفه بتاريخ خامس شعبان المعظم عام اثنين وألف [1002 هـ / 27 أفريل 1534 م] فلان وفلان .

ونص الثالث نقل من محوّل الصدقة الأولى المصدّر بها بعد الافتتاح : بعد أن كان المعلم أحمد الفوراتي المذكور بمحوّله أودّع عند شهيدته في أوائل شعبان المؤرخ به الرسم المسطور بمحوّله أنه : مهما صدرت منه صدقة أو غيرها من سائر التبرعات على أولاده بالدار المحدودة بمحوّله فهو غير ملتزم لذلك ، وإنما يفعله لأمر ظهر له حينئذ وقام الآن بالإيداع المذكور وأبطل الصدقة المذكورة بمحوّله واسترجع الدار المذكورة لملكه كما كانت قبل الصدقة المذكورة وما معها حسبما ذلك كله بشهادة شهيدته .

ثم أشهد الآن أنه تصدق على أولاده الثلاثة أحمد ويحيى والزينة البكر الصغيرة السن دون إخوتهم المذكورين معهم بمحوّله بجميع دار

سكناه القبلية المحدودة بمحوّله بجميع حقوقها وحدودها والدويّرة الملاصقة لها، صدقة صحيحة بتّة بتلة بالسواء بينهم والاعتدال لوجه الله العظيم وابتغاء ثوابه الجسيم. تستحق الزينة المذكورة ثلثها من الدار المذكورة لعقد النكاح إن قُدّر لها به لتتشوّر بثمنه. اشترط أن يقوم بقيمة عدل لأخويها أحمد ويحيى المذكورين ويشورانها بثمنه من غير مضاررة لأحد منهم في ذلك. وإن توفيت قبل ذلك كانت الدار جميعها للولدين المذكورين مع جميع ما احتوت عليه الدار المذكورة من صنادق⁽¹⁾ وأثاث ونحاس وفخّار على اختلاف أنواعه. وصير جميع ذلك ملكاً من أملاك ولديه المذكورين مالا من مالهما، وأذن لهما في حوز ذلك لهما ولأختهما المذكورة بالشرط المذكور وقبوله. وحضر الولدان المذكوران وقبلا ذلك من والدهما وحازا منه الدار المذكورة بمعاينة شهيديه بما فيها ممّا ذكر. ولم يبق بها ولا بالدويّرة المذكورة شيء على ملك المتصدّق المذكور، عدا البيت الصغرى الشرقية المفتوح المستثناة بمحوّله فإنه استثناها لنفسه يسكنها مدة حياته، فإذا مات لحقت بالصدقة. ولم يزل على إسكان زوجه المذكورة بمحوّله بالمخزن المذكور بمحوّله على نحو ما ذكر بمحوّله.

وأشهد أنه تصدّق على ابنته الزينة المذكورة بأربعة أخراس ذهباً، وبخرسينّ بالنواعر الجميع معمرّ بكسائرهما وجمانها ولؤلؤها، وزوج سفالي ذهباً للأذن أيضاً، وقمرة وأربعة خلاخل فضة ومقياسين كذلك. الجميع من لباسها وبجميع حوائجها المنسوبة لها المعروفة بلباسها صدقة بتّة بتلة. وأذن أخويها المذكورين في حوز ذلك لها، وحازا جميعاً لها بمعاينة شهيديه عدا الخلاخل فإنها في ساق البنت المذكورة. وأشهد يحيى أحد الولدين المذكورين أنه قبض من أخيه أحمد المذكور

(1) جمع صندوق في الاستعمال العامي التونسي عوض : صناديق.

خمس كرائن ذهباً من العشر كرائن التي بيده لأختهما الزينة المذكورة وصارت بذمته للزينة المذكورة، وبقي بيد أحمد خمس كرائن أيضاً لأخته المذكورة. شهد على إسهاده بذلك بما عنه فيه، والجميع بحال الصحة والطوع والجواز. وعرف بتاريخ أواسط ذي الحجة الحرام مكمل شهور عام ثلاثة وألف [1003 هـ / أواسط أوت 1595 م] فلان وفلان، انتهى.

ونص الرابع بعد افتتاحه: بعد أن كان المعلم أحمد ابن المعلم يحيى الفوراتي تصدق على [113 ب] ابنته البكر الصغيرة السن الزينة بثلاث دار سكناه القبلية المفتوح والدويرة الملاصقة لها شرقاً مع أخويها أحمد ويحيى بالثلثين الباقيين حسبما ذلك بشهادة شهيديه واشترط استحقاقها الثلث المذكور بعقد النكاح إن قُدر لها. وعقد الآن عليها النكاح سعيد ابن العريبي بن أبي الطاهر واستحقت الصدقة المذكورة. أشهد الآن والدها المعلم أحمد المذكور أنه باع عنها لأخويها أحمد ويحيى المذكورين بالسواء بينهما جميع الثلث من الدار والدويرة المذكورتين بيعاً صحيحاً جائزاً منبرماً بثمن قدره لذلك ستون كرونة ذهباً عيناً لشوارها بذلك. وأذن لولديه المذكورين أن يخرجوا الثمن المذكور في ما تحتاج إليه أختهم المذكورة من مصوغ وحوائج. والتزم بكمال ما بقي لها من الشورة كعادة أمثالها من ماله. وحضر الوكدان المذكوران والتزما الشراء المذكور بالثمن المذكور وقُبِل الإذن المذكور. شهد على إسهادهم بذلك وهو بحال الجواز وعرفهما بتاريخ أوائل شوال عام خمسة وألف [1005 هـ / أواسط ماي 1597 م] فلان وفلان.

ونص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأملكم من جميع ما قيّدوا أعلاه وأن أحمد والد الأولاد المذكورين أعلاه كان أودع الإيداع المذكور أعلاه في جميع ما يصدر منه من سائر التبرعات في الدار المذكورة

أعلاه وفي غيرها أوائل شعبان من العام المذكور أعلاه، ثم تصدق بجميع الدار المذكورة أعلاه على أولاده أحمد ويحيى وعبد اللطيف وبالفضل أواسط شعبان المذكور أعلاه. ثم استرجع الدار المذكورة على مقتضى الإيداع المذكور أعلاه وتصدق بها أيضا على أولاده أحمد ويحيى والزينة المذكورين أعلاه، حسبما ذلك كله مقيد أعلاه. وسكن الوالد بالبيت المذكورة المستثنى منها حتى مات. ثم قام بقية الأولاد غير المذكورين وزعموا أن الدار والدويرة يكونان ميراثا وأن الصدقتين باطلتان. وادعى أحمد ويحيى واحتج المذكوران أن الصدقة الثانية صحيحة واستظهروا برسم الإيداع المذكور نسخته أعلاه. فهل تبطل الصدقة الأولى وتصح الثانية لتوفر شروطها ولا تُسمع حجة جميع إخوتهم أنها تكون ميراثا؟ والحالة أن الصدقة الأولى تاريخها أواسط شعبان وفيها صدقة الأب على أولاده، وأن الأولاد المتصدق عليهم أبرؤوا والدهم المتصدق من إرثهم في أمهم الذي حصل في قبضه وإبرأوه في حق أولادهم وفي وصية أمهم والإيداع تاريخه خامس شعبان المذكور. فهل مدة الصدقة الأولى صحيحة أو باطلة؟ وهل يُقبل قول من ادعى فيها البطلان أم لا؟ والسلام.

أجبت عنه بما نصه بعد افتتاحه بصفحة ما باعاه من نسخة وسؤال: وإذا كان الأمر كما ذكر فرسم الصدقة الأولى المشتمل على البذل من الجملتين يجري مجرى المعاوضة لوجوه: منها قول الموثق وفي إشهاد الأولاد إلى آخره، فقد اتحد تاريخ الصدقة وما قابلها. ومنها قاعدة «ما يذكر في سياق العقد فهو كالمشترط» ذكره الشيخ البرزلي. ومنها قاعدة الملحقات، فالعقود كواقع فيها، فما بالك بالواقع فيها حساً بمراعاة جهة المعاوضة فيها حينئذ بينة لاتحاد صفقتها. ومنها أن المعاوضة الحاصلة من السياق معتبرة على ما وقع في كلام الشيخ المغربي مقدرًا

به كلام ابن القاسم [114 أ] ومالك في المدونة - رضي الله تعالى عنهما - وهي لم يقع فيها تصريح بالوصية .

وإذا دلّت هذه الأوجه على إجراء هذا العقد الواحد المشتمل على الصدقة والإبراء مجرى المعاوضة تكون الصدقة مدخولة بخلو عوضها وهو المبرأ منه على تسمية قدره وقدر ما هو منه في الميراث والوصية معا . وذلك يبطلها على ما وقع في جواب الشيخ أبي عمران معزواً لسماع ابن القاسم - رضي الله تعالى عنه - وخلا أيضاً عن الاعتراف بمعرفة قدره . وإذا اختل الإبراء بما ذكر اختل مقابله وصار قول مدعي البطلان فيه مقبولاً . والله تعالى أعلم ، وبه التوفيق .

تذييل ، قولي منها قول الموثق في إشهاد الأول إنهم أبرؤوا والدهم الخ ، فقد اتحد تاريخ الصدقة وما قابلها ، هذا لأن اتحاد تاريخ إشهاد الصدقة من المتصدق وإشهاد الإبراء من الأول قرينة في قصد المقابلة بين الإشهادين ، واتحاد تاريخهما المذكور قرينة في اتحاد صفقتهما لقول الشيخ الطرابلسي في صلح حواشيه في قولها : وإن كان لهما مائة دينار من شيء أصله بينهما وهي بكتاب واحد فباعاه في صفقة الخ ، ما نصه : ظاهره إن كان بكتاب واحد يُحمل على اتحاد الصفقة إذا تعدد البائعون ، ولم يذكر في الكتاب أن البيع صفقة واحدة . قد نص على ذلك المتيطي وكذلك في تعدد المشتريين ، انتهى . قلت : إذا انفرد البائعون ، فنبتت على الوجه المشكل لأنه مع اتحاد البائع أخرى أن يحمل كتبه ويبيعه على اتحاد صفقته لاتحاد عاقدتها ، وهذه النازلة فيها التعدد ، فكلامه نصٌّ فيها فافهمه . واعرف الورقة 76 من الثالث ، والورقة 21 من الرابع .

قولي : ومنها قاعدة « ما يُذكر في سياق العقد فهو كالمشترط » ذكره الشيخ البرزلي - رحمه الله تعالى - . هذا الوجه الثاني من الدلائل على

إجراء الصدقة والإبراء مجرى المعاوضة. وبيان العوضية من هذا الوجه أن تقول: إذا كان ما يُذكر في سياق العقد مشروطاً كان الإبراء مشروطاً لأنه قد ذكر في سياق عقد الصدقة، وإذا كان مشروطاً في عقد الصدقة عملاً - لا لقاعدة - كان عوضاً عنها، لأن شروط العقد تجري مجرى الأعراض كمسألة ما يصحب عقد الخلع حكمه حكم العوض عنه. وكمسألة النحلة التي ينعقد النكاح عليها لا تفتقر لحوز لأنها تجري مجرى المعاوضة. وكمن باع حمولة وشروط ركوبها إلى موضع كذا، أو باع داراً وشروط سكنها سنة، فالركوب والسكنى يعدّ من جملة ثمن الحمولة. والدار كمسألة النخل الآتية من المدونة وجعلها الشيخ المغربي معاوضة. وهي من وهب نخلاً واستثنى ثمرتها عشر سنين فجعّله إياها معاوضة يقتضي أن ثمرتها في المدة عوض عن الهبة. وإذا جرت مجرى المعاوضة بذكرها في سياق العقد للشرطية المذكورة دخلها ما يدخل عقد المعاوضة من صحة وفساد. فيفسدها الجهل بأحد العوضين المتقابلين وهو المبرأ منه ميراثاً ووصية لم يُسمّ قدره ولم يذكر الاعتراف بمعرفته بالعوضيّة المذكورة. وما عزوته للشيخ البرزلي وقع في ثلاثة وديعته وذكرتها في غرة حجة عام 1003 [هـ 7/أوت 1595 م] وفي ملحقه على الورقة 26 من المباني اليقينية.

قولي: ومنها قاعدة الملحقات [114 ب] بالعقود كواقع فيها فما بالك بالواقع فيها حساً، هذا لقول الشيخ ابن ناجي في قولها: ولا يجوز أن تدفع إلى رجل حائطين معاً مساقاة أحدهما على النصف والآخر على الثلث في صفقة، وهو حصر في أن ثمن أحدهما دون الآخر. فبعد أن تكلم عليها في سابعة مساقاة كبيره قال: ظاهرها لو عملا في صفتين أنه جائز ولو كان بالقرب وهو كذلك. وعليه عملي في ولاية بباجة في ما على يد القضاة من غابتها المحبسة. وهو أصل مختلف فيه في الملحقات

بالعقود، هل تُعدّ كأنها حاصلة منها أم لا؟ وهذا ما لم يكن تفاهمٌ، انتهى. فاعرف الورقة 136 من الرابع.

قولي: فمراعاة جهة المعاوضة فيها حينئذ بينة لاتحاد صفقتها. فقولي: حينئذ عوض عن جملة أي حين إذ يكون الواقع في العقود حساً أحروياً في إعطائه حكم الواقع فيها. تكون جملة المعاوضة في العقد بينة لأجل اتحاد صفة الملحق والملحق به. واعرف إعطاء الشيخ الإعذار في الورقة 15 من أقضية الشيخ ابن عرفة، وفي الورقة 24 منه، وفي الورقة 29 من التبصرة. ونقلت ذلك في الورقة 59 من الثاني، وفي الورقة 113 من السابع، وفي الورقة 88 منه. واعرف أواخر رمضان عام 1004 [هـ / أواخر ماي 1596 م] ففيها تحصيل المسألة من حيث النقل والعزو.

الحمد لله، سألتني خوجا علي أوضباشي، يسكن الآن في المدرسة الشماعية وهو يزعم أنه من أصحاب سيف الدين في نوبة القيروان. وذكر أن صاحب السؤال المؤدب بوخيارة - قاتله الله تعالى - في فعله وفعل أنظاره أهل بلده حيث يتوسلون بمثل ذلك في دين الله تعالى. وذلك في يوم الأحد 21 من صفر المذكور عن مسألة رجلين شريكين في دارهما على الشيعاء بالسواء وبها خراب يفتقر إلى الرّم والبناء، ومنفعته مع صلاحه أكثر منها مع بنائه. فرمّه أحد الشريكين والحالة أن الشريك الآخر حاضر عالم لم يُنكر عليه في شيء ولم يدفع شيئاً من يده، بل ناب عن الآخر في الدفع الذي ترتّب عليه. فمات الرامُّ المذكور وخلف ورثةً فوقع بعد موته بناء في الدار المذكورة فاستوا فيها مع الشريك ورثوه. فهل استواؤهم معه بعد موته مع طول مدة البناء الأول يُعدّ رضياً ولا مقال لهم؟ أو يُقضى لهم بذلك ويعدّ سكوته أولاً رضياً؟ والسلام.

فأجبتُ بما نصه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فبناء الشريك البناء الأول الخلي عن إذن شريكه فيه يوجب للبانى على شريكه الذي لم يأذن قيمة ما يخصه من البناء منقوضاً. هذا الحكم هو المنقول نصاً في هذا الفرع. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، هذا السؤال من متابعة الفقيه محمد قشور، وسيلقى من الله سبحانه. فإن هذه النازلة من معنى النازلة الواقعة في يوم الجمعة ثاني عشر رمضان عام 1004 [هـ / 9 ماي 1596 م] وهي نازلة محمد الطرابلسي، وخالفني فيها الفقيه قشور المذكور وصاحبه الفقيه سالم النفاتي وقالوا للطرابلسي المذكور على شريكته وهما شقيقتاه ما يخصهما [115 أ] من مصروفه في بنائه في دار أبيهم وفي غرسه في سانيتها قائما لا قيمة ذلك منقوضا ومقلوعاً. حتى أمر بأن أرسل إلى موسى الضاش وهو من رؤوس الذين يخشون بالسؤال عن نازلته المشار إليها.

فأجبتُه بمثل هذا الجواب الذي أجبتُ به هنا في هذه النازلة فهما إلى الآن محتاران من النقل وأين محله ودليله ومحلّ الفرع من كتب أهل المذهب حتى أوقعا وعَرَّأ في صدر موسى المذكور في جهتي إلى الآن، عاجلهم الله بعدله، حتى بنى السؤال هنا في هذه النازلة على علم الشريك الحي ببناء شريكه وسكوته. وأن علمه وسكوته يُعدّ منه رضَى فبناء شريكه الثاني يوجب عليه للبانى ما يخصه من مصروف البناء قائماً لا قيمته منقوضاً، ومراده بهذا المعنى استخراج مجهول مني. وهذا الحكم هو مصرح به في الورقة 20 من غضب كبير الشيخ ابن ناجي فإنه بعد أن ذكر بعض ما يتعلق بمسألة المدونة هنالك قال - رحمه الله تعالى - ما نصه: وروى يحيى عن ابن القاسم في مَنْ بَنَى أو غرس في أرض امرأته أو في دارها ثم يموت أحدهما فللزوجة أو لورثته على الزوجة أو على ورثتها قيمة ذلك مقلوعاً. ابن ناجي: ما ذكره هو المشهور وبه الفتوى.

وقيل: له قيمته قائما، قاله مطرف وابن الماجشون. وكذلك الخلاف في من بنى في أرضٍ بينه وبين شريكه وهو حاضر ولم ينكر. ثم قال - رحمه الله تعالى - ولا خصوصية لهاتين المسألتين بالخلاف. وكذلك المكتري والمستعير، اعرف بقية كلامه هنالك، واعرف كلامه في رابعة عارية. كبيره، واعرف الورقة 27 من شفعة كبيره. وكلام الشيخ المغربي - رحمه الله تعالى - في المواضع الثلاثة من كتبها من كبيره، واعرف يوم الجمعة ثاني عشر رمضان من عام 1004 [هـ / 9 ماي 1596 م] واعرف الورقة 82 من الثالث.

قلت: قول الشيخ ابن ناجي في مسألة الشريك وهو حاضر ولم ينكر، هو دليلي على النازلة حيث قال في سؤالها المذكور: والشريك الآخر حاضرٌ عالمٌ لم يُنكر عليه في شيء، فاعرف ذلك. واعرف متابعة قشور حيث يمتحن هذا الامتحان ويسلّط أهل الخشية لقصده ضرري لا لمنفعة نفسه ولا لمنفعة غيره، بل لاستخراج الزلات وتتبع العثرات وتكثير الأحقاد والعداوات، ولعله أن يعثر على جوابٍ لي مناقض لجواب سابق عليه ويبدي قيوداً في الجزئية الخاصة لتوهمه أنني.....⁽¹⁾ مع تلك القيود ومخالفة النقل الخاص، حيث كتب في هذا السؤال: والشريك الآخر حاضر عالم لم ينكر، وحيث قال في سؤال الطرابلسي: والأختان أخوهما الباني والغارس وكلهما بالعادة، فمراده أن يخرج جوابي على مراعاة بعض القيود فتقع مناقضة في جوابٍ خلي عن القيود. وفي سؤاله: سكوت الساكت يُعدّ منه رضى. ليعثر على علّة الحكم الذي نجيب به: أهى عدم الحضور أم عدم سند بوكالة العادة إلى غير ذلك من قصوده الفاسدة، أنصف الله تعالى منه.

(1) كلمة غير مقروءة في الأصل.

ولهذا قلتُ في الجواب : إن هذا الحكم هو المنقول نصاً في هذا الفرع، أعني فرع بناء أحد الشريكين في دار الشركة أو في أرضها وشريكه حاضر لم ينكر، وإن لم يحصل له غرضه بوقوع مناقضة مني في جواب آخر فيحصل له علم [115 ب] بأن القيود لا أثر لها في هذه دون تلك . فهذا التصرف منه هو علمه وفقهه وبه كان مفتياً بتونس . هبط من الكتاب من إقراء الأولاد إلى الشهادة ثم القضاء ثم الإفتاء . ففي أول أمره كان ينحط لطلب الإفادة مشافهة ويتردد لذلك ولو مرات في اليوم، ثم لما أن تنطع ومنعته التنزل لإفادته ما أمكنه ولأغراض بالإذاية حتى مع الولاية والقضاة . هو شأن اللثام الذين يكافئون الإحسان بالإساءة .

فقولني : هذا الحكم هو المنقول نصاً في هذا الفرع، جواب عن سؤال يردُّ وهو أن هذا الحضور والسكوت عن الإنكار هل يقتضي الإذن من الشريك الساكت لشريكه الثاني في بنائه؟

فأجبتُ بقولي : هذا الحكم هو المنقول نصاً في هذا الفرع، أي أن العلم والسكوت عن الإنكار لا أثر له في هذا الفرع حسبما وقع في قول الشيخ ابن ناجي وهو حاضر ولم ينكر، واعرف ذلك . ثم رأيت أن يكون جوابي عن هذه النازلة بما نصه بعد افتتاحه : هذا الفرع كنتُ وقفتُ فيه على كلام لبعض أشياخ المذهب بأن الباني له على شريكه الذي لم يأذن قيمة ما يخصه من البناء منقوضاً، وعزبَ عني موضع ذلك الكلام . فعلى الشيخ حاكم النازلة النظر في القضية وأجراؤها على المنقول ويستفتني صاحب النازلة من يكون على ذكر من ذلك، لأن الحكمة في تعدد المفتين أن يكون على ذكر بعضهم ما لم يكن على ذكر الآخر . والله تعالى أعلم، وبه التوفيق .

وهذا الجواب هو الذي أُثبتَ في ورقة المستفتي .

الحمد لله، سألني إبراهيم ابن المؤدب أحمد عُرِف بوجناح الإقليمي في أواخر صفر المذكور عن مسألة امرأة طلقها زوجها وهي حامل منه، ووضعت من الحمل بنتاً لم تسقط النفقة على أبيها ولم تلزمها. فتزوجت بعد الوضع رجلاً غير المطلق والتزم بنفقة البنت المذكورة ومؤنتها، وبقيت البنت في كفالة أمها والزوج المذكور مدة نحو أربعة عشر عاماً. وطلبت الزوجة من مقدر النفقات أن يقدر لها نفقة البنت من صغرها إلى تمام المدة، ثم قدر الله تعالى بوفاتها قبل أن تطالب أبا البنت المطلق بالنفقة المذكورة. فهل يقضى على المطلق المذكور بأداء نفقة ابنته المدة المذكورة يدفعها لورثة أمها المتوفاة أم لا؟ والسلام.

فأجبت بما نصّه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر وكان التزام الزوج نفقة البنت لحق أمها فلورثة الأم الرجوع بالنفقة على أب البنت المذكور إذا كان موسراً بذلك وقت الإنفاق، ويرجعون بالقصد من النفقة لا بالسرف ويحلفون على أن مورثتهم قصدت بشرط نفقة البنت على الزوج الرجوع بها على أبي البنت دون قصد الحسبة، والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، اعرف فرع جعل الزوج نفقته على الربيب حقا من حقوق أمه أن سكوته على ذلك في الورقة 55 من السادس، واعرف في بقية أبحاث هذه النازلة تذييلاً على نازلة مثلها من قاعدة الإيصال في الورقة 48 من الخامس والورقة 54 من نكاح الشيخ البرزلي، والورقة الثامنة من الطرر، واعرف أواسط نفقة الزوجة من الشامل. فقد قال فيه ما نصه: وسقطت لعسر ولو بعد بناء إلا بما أنفقت عليه في نفسه غير سرف كمنفق على أجنبي إلا لصلته، وعلى صغير ذي مال أو أب كذلك وحلف أنه أنفق ليرجع، انتهى. فدلّ كلامه - رحمه الله تعالى - على أن [116 أ] المنفق على الأجنبي له الرجوع.

وقوله: إلا لصلة ظاهرة، ظاهره أنه محمولٌ على عدم الصلة، وأنه الأصل فيها حتى يثبت قصد الصلة، ودلّ على أن يسر الأب بمنزلة المال للابن لقوله: أو أب كذلك أي ذي مال. وهذا كله تقرر في ثامنة حجر البرزلي عن الطرر. وهو في الطرر في ترجمة تسجيل القاضي بهذه الوثيقة في الورقة 110 من الطرر، واعرف بقية التذييل على هذه النازلة لم يتقرر من الورقة 48 من الخامس المذكور⁽¹⁾.

الحمد لله بقية تذييل لم يوجد جوابه:

...حق لله تعالى فليس للعبد إسقاطه. قلت: فإذا كانت الهبة والصدقة في العبد معناها العتق، وكان العتق ليس للعبد المذكور إسقاطه لتعلق حق الله تعالى به كما قرر الشيخ المغربي لفظها، علم قطعاً أن الهبة والصدقة الواقعتين في لفظهما معناهما العتق والقاعدة في «العتق أنه لا يفتقر إلى قبول العتق». وخرجت مسألة المدونة الحقيقية عن باب الهبة والصدقة المفتقرتين إلى القبول فتأمل ما قلته منصفاً. واعرف الرجال بالحق وهذا اللفظ الموجز الذي قرّر به الشيخ المغربي لفظ الهبة والصدقة في⁽²⁾ معن عن التطويل الذي أفرغ فيه الشيخ ابن عرفة استشكله وجوابه ورافعٌ لاستشكله ومبنيٌ للقبول في الهبة على ركنيته، فاعرف ذلك.

قولي: والشروط ملك الواهبة وصحتها، إلى قولي: وقيام وجهها. هذه الشروط مرتّ في صدر التذييل.

قولي: والموانع هي نقائص الشروط، اختلف الناس في المانع قيل: هو نقيض الشرط، وكل ما كان نقيض الشرط فهو المانع. وقد اعترض الشيخ شهاب الدين - رحمه الله تعالى - هذا القول وقال: يلزم عليه

(1) بياض بالأصل مقداره خمسة أسطر.

(2) بياض بمقدار كلمة بالأصل.

المحال وهو الجمع بين النقيضين، فاعرفه في قواعده، وفي القاعدة 11 من قواعد النحو من ترتيب القواعد في الورقة 24 منه. ولولا الإطالة لجلبته هنا.

قولي: أما المحاباة الخ، وقع في سابعة مديان كبير الشيخ ابن ناجي: التوليج هو المحاباة. وفي الورقة 17 من هبات البرزلي حيث يدعي البنات أن أباهن قصد المحاباة والضرر بصدقته على أجنبي ليردها الأجنبي على إخوتهن الذكور. فأجاب بعض المفتين: إن أثبت البنات أنه قصد الضرر بصدقته بطلت. البرزلي: قوله الضرر يريد به التوليج إلى البنتين، انتهى. واعرّف الورقة 46 من الرابع، والورقة الموفاة 20 من السادس، واعرّف ثالث محرم عام 1006 [هـ / 16 أوت 1597 م] فهنالك إيعاب هذا المعنى.

وقولي: على الأظهر في المذهب وبه وقعت الفتوى، الأظهر في المذهب وقع في جواب الشيخ السيوري بهذه العبارة حيث أجب به في نظير النازلة في الورقة 12 من هبات البرزلي، وتكرر ذلك السؤال والجواب [116 ب] بنصه في الورقة 17 من وصايا البرزلي معزواً للإمام المازري. ونقلت ذلك في الورقة 189 من الرابع وأشرت إليه في الورقة 171 من الخامس، وإلى فتوى الشيخين السيوري والمازري بذلك. قلت في جوابي: وبه وقعت الفتوى، أي بامضاء الهبة. ولا يوهنه دعوى مدعي المحاباة والتوليج إلى البنتين في نازلتها. فنازلتنا مثلها لا يوهنها دعوى العاصب المحاباة إلى البنت وزوجها من باب لا فارق.

قولي: فلا يوهن الهبة إذا كان الذي حيز بالمعاينة نسبته إلى جميع حظها الموهوب الخ. هذا الذي أجب به هنا وقع مثله في جواب الشيخ عبد اللطيف القلشاني في مسألة حبس وخطه بذلك عقد موجود. وهو

الذي صدر به البرزلي في رابعة ترجمة الهبة عن ابن سهل حسبما يأتي ذكره. وأصل المسألة وقع في آخر رهون المدونة، وأوعبتُها مع ما يمسّ من كلام ابن ناجي عليها في الورقة 139 من الرابع، ونصها: ومن حبس على صغار ولده داراً أو وهبها لهم أو تصدق بها عليهم فحوزهُ لهم حوزٌ، إلا أن يسكنها أو جُلّها حتى مات فتبطل كلها. وإن سكن من الدار الكبيرة ذات المسكن أقلّها وأكرى لهم باقيها نفذ لهم ذلك في ما سكن وما لم يسكن. ولو سكن الجُلّ وأكرى لهم الأقلّ بطل الجميع. وكذلك دورٌ سكن واحدة هي أقلّها أو أكثرها، انتهى. كبير ابن ناجي: ما ذكره أن الحوز شرط في الهبة متفق عليه، وفي الحبس والصدقة هو المشهور. وحاصل ما فيها إن سكن الجُلّ بطل الجميع، وإن سكن الأقلّ صحّ الجميع، ويتعارض المفهومان في النصف.

قال ابن يونس حاكياً عن لفظ فقهاءنا: إن سكن أكثر من النصف بطل الجميع وإن سكن أقل من النصف صحّ الجميع، وإن سكن النصف بطل ما سكن وصح ما لم يسكن. ثم قال ابن ناجي: ظاهر الكتاب أن الكبار إذا حازوا اليسير فذلك جائز بخلاف الصغار لتخصيصه فرض المسألة، فالصغار قيل حكمهم حكم الصغار⁽¹⁾ وهو ظاهر ما وقع في إحدى رواياتها: إذا حبس على ولده الصغار أو الكبار، وذكر المسألة فظاهره التسوية بينهما.

قلت: فظاهره غير بين، والصواب أن يكون ذلك من نصها لا لأنه من ظاهرها إذ لفظ الصغار المعطوف عليه نصٌ جزماً. فيكون لفظ المعطوف وهو الكبار كذلك. وقوله التسوية بينهما يعني بين فريق الصغار وفريق الكبار، ولو قال بين الفريقين الصغار والكبار كان أيّن.

(1) كذا وردت الجملة بالأصل ولعل صوابها: حكمهم حكم الكبار.

ومسألة المدونة هذه وقعت في ثلاثة هبة الشامل استوفى نقل الخلاف فيها هنالك في حكم الدار الواحدة وحكم الدور. ووقع في ترجمة وثيقة صدقة الأب بدار سكناه على مَنْ في حجره من الطرر، في الورقة 88 منها ما نصه: حكم الدور المتصدق بها في صفقة واحدة حكم الدار الواحدة، وهو المشهور في المذهب. وكذلك لو جمعت الصدقة أجناساً من أصول وغيرها، انتهى.

وأوعب الشيخ البرزلي في رابعة مسائل الهبة والصدقة، ونقل هنالك عن سماع عيسى من نقل ابن سهل: مَنْ تصدَّق على ابنه الصغير صدقةً وعمّر فيها الثلث فدون، جازت الصدقة كلها، وإن عمّر منها فوق النصف أو دونه وفوق الثلث بطل ما عمّر ويقدر ما لم يعمر. اعرف بقية كلام البرزلي هنالك. واعرف الورقة 18 من الخامس والورقة 17 منه والورقة 144 منه والورقة 178 منه والورقة 185 منه ففيها مباحث [117 أ] شرعية. والنسبة بين ما وقعت الحيازة فيه وبين ما لم يحز بالقلّة والكثرة، والتجزئة تعرف بالقيمة حسبما هو في الورقة 154 من الثاني وفي رابعة حبس ابن عرفة وفي رابعة هبته، وأوعبته في الورقة 52 من الثامن. واعرف واقعة الرئاس أحمد الزناتي القفصي في الورقة 50 من الثامن، واعرف الورقة 24 من بيوع البرزلي تذيلاً منه على جواب الشيخ أبي محمد هنالك. وأعرف الحوز بمقتضى الهبة في الورقة 35 من الثامن. قولي: بدليل مسألة المدونة المذكورة في الجواب أعلاه ونحوه، وقع في كتاب النهاية في الوثائق المجموعة وفي أحكام ابن الحاج. أما مسألة المدونة المشار إليها، وهي مسألة التصرف في الأرض الموهوبة، فهي واقعة في أوائل هبتها، ووقعت في خامسة هبة كبير ابن ناجي وقد تقدّم الحوز بالتصرف. وتقدمت مسألة المدونة هذه في الورقة 33 من الثامن وما وقع في كتاب النهاية وفي الوثائق المجموعة

وفي أحكام ابن الحاج فقد تقدم ذكره في الورقة 36 من الثامن وكلام النهاية والوثائق المجموعة وفي مسألة حبس، وكلام أحكام ابن الحاج وقع في مسألة هبته. وذكر البرزلي ذلك في ثلاثة هبته. وكلام الشيخ ابن فتوح وقع في الورقة 45 من أقضية البرزلي. واعر الموفاة 30 من ترجمة الغصب منه، والورقة 36 من الترجمة أيضا.

ونقلت ذلك من الموضعين في أوائل شهر ربيع الأول عام 1003 [هـ / أواسط نوفمبر 1594 م]. وكلام الشيخ ابن الفخار المشار إليه وقع في بحث الاستحقاق في الورقة 16 من الجزء الثاني من أحكام الشيخ أبي المطرف الشعبي المالقي قال: إذا كان الشيء مشهوراً قد اشتهر باسمه وبصفة فيه فلا يحتاج إلى حيازته بالوقوف عليه، وإن لم يكن مشهوراً أو جبّ تحديده والوقوف إلى حيازته ومعاينة حدوده. قلت: تحديد الشيء والوقوف إلى حيازته مطلوب في باب الاستحقاق ليقع تعيين ذلك ليحكم الحاكم بمعين. وذلك مطلوب أيضا في باب الهبة ليقع الانفكاك عن الواهب وليحكم الحاكم بمعين. فكما إذا حصلت شهرة الشيء باسمه أو بصفة فيه كفى عن تحديده مع أن تحديده مطلوب، من باب لا فارق فاعرفه.

ونقلت كلام الشعبي في الورقة 115 من الجزء الأول قلت: فلو قالت الواهبة وهبت جميع مالها ببلد كذا أو بقرية كذا من الدور والحوانيت والفدادين، أو مالها في وادي كذا من سواد وبياض، فقد وقع في أحكام ابن سهل في من باع جميع أملاكه بقرية كذا، وفي رسم الابتاع من الدور والدمن والأفنية والزيتون والكروم ولم يزد على هذا اللفظ، وللبائع في القرية أرجاء لم تُذكر في وثيقة الابتاع، فقال المبتاع: هي لي، وقال البائع: إنما بعث مالي في ما قصصته في الوثيقة. أجاب ابن القطان بأن الإرجاء للمبتاع وكل ما بالقرينة من العقار، وهو موافق

لسماع أصبغ في الصدقة المتيطي: وقال غيره: هي للبائع. البرزلي: في الورقة 49 من بيوعه وهو قول في الصدقة أيضا، في مسألة ما إذا قال: تصدقتُ على أولادي وذكر عدداً وسكت عن [117 ب] البقية، أحفظه عن ابن عتاب. قلت: ووقع في الورقة 49 من أقضية البرزلي في كلام لابن الحاج هنالك عن مطرف أن الشهود إذا حازوا الأرض بالمعينة فهو كاف في القضاء بها للمشهود له، فاعرفه فيه. وشهود الهبة في النازلة قد شهدوا بالحوز بالمعينة في غير حظ فدان الزياتين وحظ الدار فاعرفه.

الحمد لله، سألني منصور بن بالنور بن سعد بن عمر الشعباني في يوم السبت سبع جمادى الأخرى عام ثمانية وألف [1008 هـ / 25 ديسمبر 1599 م] عن نسخة وثيقة استحقاق، ونسخة رسم إيداع، وسؤال وأجوبة وحكم قاضي، وسؤال يتلو جميعها.

نص الوثيقة بعد افتتاحها: يعرف شهوده بالنور بن سعيد بن عمر الشعباني معرفة صحيحة تامة ويشهدون بوفاته -عفا الله عنا وعنه - وأحاط بميراثه في علمهم أولاده فتح الله وأحمد ومحمد ومنصور لا غيرهم في علم شهوده. ويشهدون مع ذلك بأن ملكا من أملاك بالنور المذكور مالا من ماله جميع الجنان المشجر بالزيتون الكائن قبلي دار شعبان بانحراف إلى الغربي، يحده كذا وكذا، بحقوقه وعامة منافعه وما عدّ منه ونُسب إليه. ما علم شهوده خروجه عن ملكه ببيع ولا هبة ولا صدقة ولا بوجه من الوجوه التي تخرج بها الأملاك عن ملك مالکها ولا عن حوزة إلى أن توفي. ووضع يده عليه محمد بن عبد الخالق الشعباني ولا يدرون على أي وجه وضع يده عليه. وتوفي محمد المذكور وخلفه لوريثيه هما زوجه بنت عبد المحسن وولده منها عبد الخالق. ويعين شهوده جميع الجنان المذكور ويحوزونه بالوقوف عليه متى طلبوا

بذلك . شهادتهم هنا أوائل ربيع الآخر عام 1008 [هـ / أوأخر أكتوبر 1599 م] فلان وفلان إلى آخر سبعة رجال وعلى أسمائهم علامة الأداء ويتلوهم كتب العمل ، ثم رسم العمل بشهادة شهيديه من شهود موضعهم .
ونص رسم الإيداع بعد افتتاحه : ذكر لشهيديه منصور بن بالنور بن سعيد الشعباني أنه تملك جميع الجنان المشجر بأصول الزيتون المعروف بجنان العجمي الكائن بأحواز بلد دار شعبان من الجزيرة القبلية ، يحده كذا وكذا . وأن محمداً بن عبد الخالق وزوجته زهرة وضعا أيديهما عليه على وجه الغلبة والقهر والتعدي بمن له جاه ، وهو القارئ عبد الله بن إبراهيم بن أبي زيتونه وتصرّفا فيه على الوجه المذكور وأنه ليس له قدرة على مدافعتة بوجه . وبعد ذكره لذلك وإشهاده به أشهد أنه قائم على حقه قبلكهما فيه متى أمكنه ذلك ، وأنه إن صالحهما أو ترك أو سكت عنهما فيه طالّت المدة أو قصرت ، فإنما يفعل ذلك خوفاً وتوقّعا لما يصيبه من المكروه . أودع شهيديه هذه الشهادة واسترعاهما إياها لوقت الحاجة إليها وعلى التقية المذكورة . شهد على إشهاده بذلك في الحالة الجائزة شرعا أواسط صفر عام 994 [هـ / أوائل فيفري 1586 م] فلان وفلان .

ونص السؤال بعد افتتاحه : جوابكم بعد تأملكم النسختين المسطورتين أعلاه ، فهل لمنصور المذكور ومن شاركه في الجنان مقالٌ [118 ب] ويعود إليهم جنانهم المذكور؟ لأن الحائزين له الآن إنما حازوه بمنزلة جاه وشوكة على وجه التعدي . وهل لهم مقال في الغلة المدة المذكورة وتنهض حجتهم بما في الرسم الثاني أولاً؟ والسلام .

ونص الجواب : الحمد لله ، تأملتُ السؤال المقيّد أعلاه وما فوقه ، وإذا كان الأمر كما ذكر وثبت الإيداع المذكور فهو عامل ويُقضى به ، ويقضى لمنصور ومن شاركه بالجنان المذكور إذا ثبتت الوثيقة المذكورة

أولا وأسقط فيها الإعذار من هو حائزه، وعليه رد الغلة لأنه لا شبهة له في الملك. والله تعالى أعلم. وكتبه أحمد بن محمد بن أحمد المسراتي. ونص الجواب الثاني: لمجرد الموافقة وكتبه سالم بن علي النفاتي. ونص الجواب الثالث: الحمد لله ما أجاب به الشيخان المفتيان أعلاه صحيح وبمثله أجيب إذا لم يمض من زوال التيقية ما يبطل قيامه شرعا. والله تعالى أعلم. وكتبه محمد بن منصور قشور الجبالي.

ونص الحكم بطرة جميعها: الحمد لله أشهد الشيخ القاضي قاضي الجماعة بتونس المحروسة الواضع طابعه به ونائبه الفقيه المكرم الواضع علامته هنا سالم.....⁽¹⁾ الكيال أنهما حكما بصحة ما أفتى به المفتون أمامه حكما تاما إلهادا صدر منهم وهم على أكمل حالات المشهدين شرعا أوائل ربيع الآخر عام [1008 هـ / أواخر أكتوبر 1599 م] مسعود فتانة وبالقاسم البرشكي.

ونص السؤال التالي لجميعها بعد افتتاحه: جوابكم - كان الله لكم - عن هذه النازلة المسطورة أعلاه، وقد وقع من الشيخ القاضي ونائبه حكمهما المسطور بطرته بصحة الفتاوى المذكورة. فهل - حفظكم الله تعالى - يعمل بمقتضى ذلك ويكون حكم الحاكم يرفع الخلاف أن لو كان في المسألة خلاف ما أفتى به المفتون الذي حكم القاضي بصحة فتواهم أم لا ويرفع الخلاف؟ والسلام.

فأجبت بما نصه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فهذه النازلة قد اتصل بها الحاكم وحكم نائبه فيعمل بمقتضى ذلك ويرتفع الخلاف على حسب ما قاله الشيخ ابن محرز والقاضي ابن فرحون وغيرهما. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

(1) بياض بمقدار ثلاث كلمات بالأصل.

تذييله ، في الوثيقة خلل من وجوه: الأول أن فيها الشهادة على البتّ في النفي وهو قوله: ولم يزل على حكم الوراثة إلى الآن.

والثاني ، قولهم توفي محمد بن عبد الخالق وتركه لورثته مع أنه إنما تركه لمن شهدوا له بملكه وهو بالنور وأولاده ، ألا تراهم إنما شهدوا بالملك في الجنان لبالنور ولأولاده بعده ، فتعين أن لا ملك لمحمد بن عبد الخالق فيه ، فلا يصحّ منهم أن يقولوا إن محمد بن عبد الخالق ترك لزوجته زهرة ولولده منها عبد الخالق ، فهذا الترك يناقض شهادتهم بالملك لبالنور ولأولاده فيكون ذلك منهم خلافاً في الوثيقة وتناقضاً .

الثالث القضاء لبقية إخوة منصور بحقهم بالوثيقة مع الحوز عليهم ولم يودعوا في السكوت حتى يلغي حكم الحوز عليهم بإيداعهم ، ولعل مدة الحوز عليهم لو بحث عن قدرها تكون قاطعة لحقهم وهم أجنب ، فالحوز بينهم عشرة أعوام فما فوقها .

وفي الإيداع خلل من وجهين : [118 ب]

الأول ، أن منصوراً المودع اختلف قوله وتكاذبت دعواه ، قال في إيداعه إنه يملك جميع الجنان ، ووقع في وثيقته أن فتح الله وأحمد ومحمد ومنصور ورثوه عن أبيهم فبطل قوله إنه يملكه . ووقع في سؤاله : هل لمنصور ومن شاركه في الجنان مقال ويعود إليهم؟

والوجه الثاني ، أن إيداعه لم يتضمن إذن القاضي فيه مع أنه من صدر التنازع ، وصوّر النزاع لا بد فيها من إذن القاضي . اعرف تقرير هذا المعنى في أوائل جمادى الأولى عام 1004 [هـ / أوائل جانفي 1595 م] وسابع عشر من رمضان بعده من عامه . وفي القضية خلل ، وهو أنه لم يتبين فيها شرط قبول القيام وهو قرب المدة بعد زوال التيقية بعامين فما دونها ، فإن زادت المدة عليها فلا قيام للمودع . وأما الرجوع بالغلة فلتعدي المقوم عليهما .

قال في المختصر: والغلة لذي الشبهة، يعني لا لمن لا شبهة له. فالأول كالمشتري والثاني كالغاصب، والمشتري منه عالم بغصبه والمتعدي من قبيل الغاصب. وقال في الرسالة: ويردّ الغاصب الغلة ولا يردّها غير الغاصب، يعني المتعدي له حكم الغاصب. ولو كان مجرد استحقاق فلا رجوع فيه بالغلة على المشهود في المذهب وبه الفتوى، وهو خامس النظائر التي لا رجوع فيها بالغلة.

وقولي: على حسب ما قاله الشيخ ابن محرز والقاضي ابن فرحون وغيرهما. كلام ابن محرز نقله الشيخ الجدي في الورقة الموفاة 20 من كتاب إعلام الأعلام، ونقله أيضا في الورقة 69 من كتاب تذكير الغافل، وكرره في الورقة الأخيرة من الكتاب. ونقله الشيخ ابن ناجي في خامسة جهاد كبيره في قول المدونة: وما أحرزه المشركون من مال مسلم. المسألة في مسألة ما باعه الإمام جهلا أو عمدا من مال مسلم عرفه ربه، أن ربه يأخذه بلا ثمن عند ابن القاسم، وقال سحنون بالثمن، محتجا بأنه قضى بمختلف فيه، وهو قول الأوزاعي.

قال الشيخ ابن ناجي: وتعقب ابن محرز الاحتجاج بأن حكم الحاكم جهلا أو قصدا للباطل يُوجب نقضه وإن وافق قول قائل، لأن حكمه كذلك باطل إجماعاً والحكم إذا وقع باطلاً إجماعاً فلا يُقرّ إجماعاً، ولم يتعقبه ابن ناجي بحال. ووقع كلام الشيخ ابن محرز مع كلام الشيخ اللخمي مقتضياً في الورقة 29 من التبصرة، ووقع في الورقة 41 من التبصرة: شرط صحة حكم القاضي الرافع للخلاف أن يكون القاضي عرف ذلك الخلاف وقصد إلى الحكم بخلافه. وبمرادي بغيرهما كاللخمي في ما مرّ عن التبصرة. وكلام الشيخ البرزلي في الورقة 21 من أفضيته تذيلا على مسألة ابن أبي الجواد.

واعرف قضية الكاتب رجب في خامس صفر عام 1006 [هـ / 18
سبتمبر 1597 م] فشرط في رفع الخلاف بحكم القاضي في هذه النازلة
كون ذلك الرفع على حسب ما قاله هؤلاء الشيوخ، وأن يكون القاضي
الحاكم عالماً بذلك الخلاف فاعرفه.

الحمد لله، سألني علي بن مسلم المكني القاطن الآن بالمنستير في
يوم الثلاثاء عاشر جمادى الآخر عام 1008 [هـ / 29 ديسمبر 1599 م]
عن سؤال وجواب.

نص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم [119 أ] عن مسألة: رجلان اثنان
أديا شهادتهما لمن له الأمر بالمنستير على رجل أنه حلف بالطلاق
الثلاث بعد مضي ثلاثة أشهر. فهل تسقط شهادتهما لأدائها بعد مضي
المدة المذكورة أو تُقبل شهادتهما؟ بينوا لنا العمل في النازلة، والسلام.

نص الجواب بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فالشهادة مردودة لا
تُقبل منهما لتركهما القيام بها المدة المذكورة مع علمهما بذلك. وإن
ذكر الشاهدان عُدراً فهو اعتراف منهما بجرحه، فتسقط شهادتهما. والله
تعالى أعلم. وكتبه حسين بن عبد الله قشير الخيري.

فكتبتُ تلوه ما نصه: الحمد لله، قال في الشامل ما نصه: وفي
محض حق الله يجب المبادرة بالإمكان إن استودع تحريمه كطلاق
فكتمه بطلت على الأصح، انتهى. فقله يجب المبادرة يعني بأداء
الشهادة ومعنى هذا إذا كان المنكر على الرجل المشهود عليه غير القائم
عليه بالشهادة. وأما لو كان القائم عليه بالشهادة هما المنكران عليه
فلا تجوز شهادتهما عليه. هذا مذهب ابن القاسم - رضي الله تعالى
عنه - والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييله: كلام الشامل وقع في المانع الخامس من موانع القبول من شهاداته. وقولي: ومعنى هذا إلى آخر الجواب، نقله في الفصل الثالث من القسم السابع في ذكر البيئات في الورقة 80 من التبصرة. وذكر الشيخ الجد في الورقة 45 من تذكير الغافل وتعليم الجاهل. وقول حسين قشير مع علمهما بذلك، من الاطلاع على الغيوب أو من تبرع المفتي، وهو لا يكون متبرعا من عنده. وعلمهما إنما يكون قادحًا حيث يعلمان استرسال الرجل مع الرجل. وقوله إذا ذكرا عذراً، فهو جرحه غير صحيح. والمنصوص قبول العذر لكن إذا لم يقر لهما بذلك العذر دليل.

نعم اعتذارهما بنسيان الشهادة محتمل لأن لا يقبل منهما العذر لتهمتها على رفع الجرحه عنهما بسكوتهما المدة المذكورة لتجوز شهادتهما ولتهمتها على إرادتهما قبول الشهادة، فيصير عذرهما بالنسيان من باب الحرص على القبول وهو ما وقع على المشهور وعليه درج في المختصر. اعرف الورقة 91 من السابع.

الحمد لله، سألتني أحمد الصّمامة بن مسعود بن عبد الرحمن القليعي في أواسط جمادى الأخرى عام 1008[هـ/ أوائل جانفي 1600 م] عن سؤال وجوابين.

نص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم عن مسألة رجل له ملك مع أقاربه والملك مشترك بينهم على الإشاعة. فطلب منهم أن يعطوه نسخة من عقود الملك المذكور فاستظفروا بنسخة من العقود الأصول فأبى أن يقبلها وقال: لا بد أن نطلع على عقود الأصل ونأخذ منها نسخة، فامتنعوا من ذلك. فهل يقضى له بإحضار عقود الملك ويأخذ منها النسخة؟ أو يأخذ نسخة من النسخة التي أظهروا وادعوا أنها نسخة من العقود الأصول؟ والسلام.

ونص الجواب بعد افتتاحه : إذا كان الأمر كما ذكر فيلزم الشركاء المذكورين حضوراً وثائق الملك الأصلية ، ويأخذ هذا الرجل منها مضموناً بحقه من الملك ولا مقال لهم في ذلك . والله تعالى أعلم ، [119 ب] وبه التوفيق . وكتبه أحمد بن محمد بن أحمد المسراتي ، وتحت موافقة الحاج سالم النفاتي . فكتبتُ تلو ذلك الموافقة عليه أيضا .

تذييله : وجه تعلق طلبه بإظهار الأصول دون نسختها التي أظهر له أقاربه ظاهر ، وذلك لأن حقه في الأصول إنما تعلق بنفس الأصول ، فلا ينتقل حقه إلى نسخة منها إلا برضاه وموافقته . وهذه النسخ التي أظهر له أشراكه لم يكن نسخها بموافقته ولا برضاه فوجب أن يُعطى نسخة كما طلب لأن الحق له . وهو إنما طلب الأصول لحقه فيها ، لكن لما أن لم يمكن تعدد الأصول بتعدد الشركاء صيرَ إلى نسخة من ذلك الأصل الذي حقه متعلق به فاعرفه . وقول الفقيه المسراتي : ولا مقال لهم في ذلك ، أتى فيه بالنكرة المبنية على الفتح فتدل على استغراق النفي نصاً فهو تحجير واسع وسدُّ باب لا يصحَّ سدُّه على الحقيقة إلا لعالم بالخفيات ولم أرَ من يفعل هذا التركيب قبل هذا إلا التومي في سؤالاته أو علي عبيد في أجوبته ، ولعل لهم مقالا بضياع الأصول من أيديهم أو بأن الطالب كانت الأصول استقرت عنده والنسخة التي أظهرها له الآن كانوا أخذوها منه وأبقوا الأصول عنده ، إلى غير ذلك من المقالات التي حجر عليهم هذا المجيب ، فإننا لله وإنا إليه راجعون ! مع عدم المحوج إلى هذا النص المستغرق على طريق العموم .

الحمد لله ، سألني منصور بن دحمانه لصاحب دار الأشغال الآن بتونس ، في يوم الثلاثاء سادس عشر جمادى الآخر عام 1008 [هـ / 3 جانفي 1600 م] عن سؤال وجواب .

نص السؤال: جوابكم عن مسألة رجل مريض وعاصبه المخزن، فوهب رزقه لابنته وكتب الثلث لزوجها فلم يبق للعاصب شيء والحالة أن بيت المال فقيرة مستحقة للإعانة. فهل يصح ذلك أم لا؟ والسلام.

ونص الجواب بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فليس لهذا الرجل المذكور تصرف إلا في ثلث ماله خاصة، ويرجع ما زاد على الثلث ميراثا يرثه ورثة العاصب المذكور وغيره، والله تعالى أعلم. وكتبه أحمد بن محمد بن أحمد المسراتي.

فأجبت بما نصه: الحمد لله، بيت المال قليل إنه حائل للأموال وقليل إنه وارث كوارث معين. وهذا القول الثاني هو المشهور وبه العمل. وعليه فلصاحب بيت المال أن يرد من تبرعات المريض المذكور ما زاد على ثلث ماله ويكون الزائد ميراثا لورثة الميت من عاصب وغيره، وأما الثلث فإنه يمضي لمستحقه شرعا. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييله: المشهور وقع في الورقة 38 من تذكير الغافل، وقع في الورقة 26 منه ذكر كونه به العمل. وقولي لمستحقه شرعا ليتناول المستحق له كيف كان.

الحمد لله، سألتني الفقيه محمد بو ربيع المنستيري لعبد اللطيف ابن التاجر أحمد الخلاّدي لعمر السرخي القروي في أواخر جمادى الأخرى عام 1008 [هـ / أواسط جانفي 1600 م] عن سؤال بطرّة سؤال وجواب.

نص السؤال الأول بعد افتتاحه: جوابكم عن مسألة وهي أن أرضاً بيضاء كانت شراعةً ثم [120 أ] إن جانب بيت المال باع جلّها من أناس متعددين وتصرّف كل مشتري في مشتراه تصرّف المالك في ملكه بالحرّاة والزراعة منذ ما تزيد على عشرين عاما فارطة. ثم إن رجلا آخر اشترى

من بقية الأرض المذكورة قطعة منها من جانب بيت المال، فقام عليه منازع في ما اشتراه وادّعى أن جميع الأرض المشتراة المذكورة له ولأبيه من قبله وأقام بذلك وثيقة استرعاء والحالة أنه بيع معظمها وجلّها أولاً، والقائم المذكور حاضر لذلك عالم به قادر على القيام لا مانع يمنعه من ذلك شرعاً. فهل سكوته جميع المدة المذكورة مبطل لدعواه مسقط لبينته؟ وسكوته عند بيع جلّ الأرض المذكورة مبطل لقيامه في المبيع الأول والثاني على المشهور من المذهب كما هو في كريم علمكم أم لا؟ والسلام.

ونص جوابه المذكور بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر وكان هذا المنازع حاضراً عالماً بجميع ما يبيع من الأرض المذكورة وليس هناك ما يمنعه من القيام والخصام فلا حجة له ولا تُسمع له بينة ولا دعوى. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق. وكتبه أحمد بن محمد بن أحمد المسراتي.

ونص السؤال الذي بالطرّة: الحمد لله، ما قولكم في المسألة المذكورة وهي أن المشتري المذكور اشترى الأرض المذكورة منذ عامين ونصفاً والقائم حاضر البلد. فهل لا كلام له في المبيع لأنه يبيع عليه على زعمه وهو حاضر قادر على التكلم ولا كلام له في المبيع؟ ولا سيما وبيع بيت المال ماض على ما قاله البرزلي وغيره، والسلام.

فكان جوابه بالطرّة أيضاً نصه: الحمد لله، إذا ثبت أن القائم المذكور مضى لوقت البيع عليه مدة العامين الاثنتين ونصف العام كما ذكر في السؤال، وثبت عليه أيضاً أنه عالم بالبيع المذكور، وأنه حاضر غير غائب ولا مانع رغبة ولا رهبة يمنعه من القيام في هذه المدة، فقيامه الآن في عين المبيع المذكور غير مسموع. قاله القاضي ابن رشد - رحمه الله تعالى - في كتاب الاستحقاق من بيانه. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييله : هذه المسألة بتفاصيلها وقعت في سماع يحيى في الورقة 14 من كتاب الاستحقاق من البيان، ونقلها بتفاصيلها الشيخ ابن عرفة في الورقة 54 من شهاداته، إلا أنه سكت عن يمين القائم المبيع عليه حيث يقبل قيامه من وجوه المسألة، وأشار الشيخ البرزلي إلى المسألة في الورقة 12 من بيوعه وأوعبت نقل المسألة في بحث الجنازات من شهادات برنامج الشوارد. واعرف الورقة 88 من الثالث، والورقة 172 من الرابع، والورقة 113 من السابع. واعرف مسألة قيام المرأة بعد بيع أبيها وزوجها دارها، ومسألة أخوين باع أحدهما دارا بينهما من سلطان يعلم شركتهما فيها. كلا المسألتين في الورقة 33 من ترجمة المديان وتوابعه من البرزلي. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

الحمد لله، سألني سالم بن عبد الله الباجي وعلي بن عبد الله القطافي، ومحمد ابن حثريبة من صنعة⁽¹⁾ على يدي الأمير عبد الله الساحلي في صبح يوم الأحد ثامن عشر [120 ب] من جمادى الآخر عام ألف وثمانية [1008 هـ / 18 جانفي 1600 م] عن مسألة رجل أصبح في داره مدقوقاً بالحديد ميتاً من سبب ذلك، وقامت زوجته في الليل وصاحت على رجل جارها ساكن معها بالدار نهبته من نومته، خرج لها من بيته وأخبرته بما صار لزوجها ولم تدع إذ ذاك عليه ولا على أحد غيره من الناس، وبلغ بذلك إلى الباشا واحد من أهل البلد ديته في الفور. ثم بعد مدة نحو أربعة أشهر اتهمت الزوجة المذكورة جارها المذكور ورجلا آخر من بلده ورجلا آخر ثالثاً من بلد آخر قريب من البلد بنحو اثني عشر ميلاً بقتل زوجها المذكور، والحالة أن الرجال الثلاثة من أهل العافية، ولم يتهمهم أحد قبل ذلك بقتل ولا بغيره. فهل تقبل من الزوجة المذكورة تهمة الرجال الثلاثة بعد مضي المدة المذكورة والحالة ما ذكر أم لا؟ والسلام.

(1) كذا وردت الكلمة بالأصل.

الجواب بعد افتتاحه، إذا كان الأمر كما ذكر وكان الرجال الذين اتهمتهم المرأة من أهل العافية وأنهم لا يتهمون بذلك ولا يشار إليهم به فلا تباعة عليهم من سبب التهمة المذكورة ولا يعرض إليهم في ذلك. هذا نص ابن القاسم في المدونة - رضي الله تعالى عنه - قال في التبصرة: إذا كان المدعى عليه ليس من أهل تلك التهمة فلا عقوبة عليه اتفاقاً ويعاقب الذي اتهمه، على القول الصحيح في المذهب ليرتدع أهل الشر والعدوان عن تعاطيهم أعراض البرءاء الذين ليسوا من أهل التهمة. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل: قول ابن القاسم في المدونة هو في آخر سرقتها ونصه: ومن ادعى على رجل أنه سرقه لم أحلفه إلا أن يكون متهماً يوصف بذلك فإنه يحلف ويهدد ويسجن، وإلا لم أعرض له. وإن كان من أهل الفضل وممن لا يشار إليه بهذا أدب الذي ادعى ذلك عليه. وتكلم ابن ناجي عليها في آخر ورقة من سرقة كبيره. وكلام التبصرة وقع في أول الفصل الثالث من قسم السياسة في الورقة 199 منها. واعرف الورقة 29 من السابع وأواسط جمادى الآخر عام 1002 [هـ / أوائل فيفري 1594 م] وثاني محرم عام 1007 [هـ / 5 أوت 1598 م] والورقة الموفاة عشرين من الثاني. واعرف أول السرقة من كتاب الشيخ البرزلي، وأجوبة الشيخ أبي محمد هنالك في فرع المتهم المعروف بالربيب والورقة 99 من السابع أيضاً. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

الحمد لله، سألني محمد بن علي بن أحمد ابن الحاج علي عرف الزكراوي من المنستير، على يد سلامة بن سعادة الترهوني حفيد القابلة في يوم الاثنين موفى ثلاثين من جمادى الآخر عام 1008 [هـ / 16 جانفي 1600 م] عن مسألة رجل توفي وورثه حفيده ابن شقيقه لا غيره، وحاز الحفيد المذكور ملكاً مخلفاً عن عمه المتوفى المذكور بمقتضى وراثته

له، وتصرف في ذلك مدة كثيرة وتوفي أيضا الحفيد منذ أربعة وعشرين عاما، وترك الملك المذكور لورثته تصرفوا فيه جميع المدة. ثم قام على ورثته قائم يدعي أنه لا يسوغ لهم تملك الملك المذكور إلا ببينة تشهد بمعرفة الميت وتعرف الحفيد العاصب ووالده [121 أ] وجده، وبمعرفة الجد الجامع بين والد الحفيد المذكور وشقيقه، والبينة شهدت بأن والد الحفيد والمتوفى المذكور شقيقان في ما بينهما. فهل الشهادة بأن الحفيد المذكور ابن شقيق المتوفى صحيحة عاملة ولا يكلف ورثة الحفيد بثبوت معرفة الجد الجامع ولا معرفة فروعه أم لا؟ والسلام.

الجواب بعد افتتاحه، إذا كان الأمر كما ذكر وبني الشاهد شهادته في التعصيب المذكور على علمه فلا بد من معرفة الجد المنتهي إليه وفروعه المجتمعة فيه التي قصد التوارث بينهما وهما في هذه النازلة العم الميت وحفيده. فإذا تمت الشهادة بذلك صح للحفيد التعصيب المذكور. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييله: اعرف هذه المسألة في الورقة 14 من كتاب المباني اليقينية، واعرف ما في الورقة 15 منه، واعرف أواخر شوال عام 1004 هـ / أواخر جوان 1596 م [وأوائل شهر رمضان عام 1005 هـ / أواسط أبريل 1597 م].

الحمد لله، سألني عبد اللطيف بن محمد عرف الرئاس من باب السويقة في يوم الأحد سابع رجب عام 1008 هـ / 24 جانفي 1600 م [مع أخيه عن سؤال وجواب.

نص السؤال: الحمد لله، جوابكم - كان الله لكم - عن مسألة وهي أن رجلا كان طلق زوجته طلاق الخلع وله منها بنت رضية وأسقطتها له، وحضر جد الرضية للأُم ووافق على ذلك وحازها والدها المطلق

وبقيت عنده نحو شهر، ثم رغب جدّها للأم المذكور أن يعطيها له تكون عنده أربعة أعوام على أن التزم له بنفقتها وكسوتها ومؤنتها، والتزم له درك كل قائم يقوم عليه في ذلك، فتشاهدا على ذلك، فلما أنقضت الأربعة أعوام رغبه جدّها المذكور في زيادة أربعة أعوام ثلاثة⁽¹⁾ على الوجه المذكور. فلما انقضت وتمت الاثنى عشر عاماً حاز ابنته وبني بها ابن أخيه لأنه كان عقد عليها له، فقامت جدة البنت لأمها وهي زوجة الجد الملتزم وهم في دار واحدة وعلى إناء واحد والجدة عالمة بالإسقاط وبالالتزامات كلها الواقعة من زوجها الجد المذكور، حتى قامت بعد البناء بالبنت المذكورة وقالت: لي عليها نفقة وطلبت النفقة من والد البنت، فقال لها: نحن في مدينة واحدة والقاضي والحكم موجود وأنت عالمة بالتزام زوجك الجد، وأني أبقيتها له على التزامه المذكور. فكيف تسكتين مدة الاثنى عشر عاماً وتقومين الآن بعد الالتزامات كلها وانقضاء المدة كلها وبعد دخول البنت، والقاضي والأحكام موجودة؟ فهل يُقبل قيام الجدة والحالة ما ذكر أو لا يُقبل قيامها ولا تُسمع دعواها؟ والسلام.

ونص الجواب بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فلا يُقبل قول الجدة في دعواها الإنفاق بمجرد قولها، والقول قول والد البنت إن المنفق عليها جدّها الملتزم المذكور بقرينة الالتزام المذكور، ولأن العادة في الأعم الغالب أن الإنفاق من شأن الرجال لا من شأن النساء، لا سيما وهم عيلة واحدة وعلى ما تده واحدة كما ذكره السائل. وإذا أثبتت الجدة أنها هي المنفقة عليها من مالها بيينة لا مدفع فيها فيقضى لها بذلك ولها الرجوع على الجد المذكور بالتزامه [121 ب] المذكور. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق. وكتبه أحمد بن محمد المسراتي. فكتبتُ

(1) لم يذكر في النص الأعوام الأربعة الثانية.

تلوه ما نصّه: الحمد لله القول قول أبي البنت إن المنفق عليها إنما هو الملتزم له بنفقتها ولا يُقبل قول الجدة ولا تسمع بيّنتها كما وقع الجواب به أعلاه لوجهين:

الأول أنه التزم على إنفاقها عنده فهو التزم يجري مجرى المعاوضة والقرينة تقوم مقام البيّنة. قال الإمام المازري: القرائن تقوم مقام الشهادة وتقوم مقام البيّنة. وقال القرطبي: أنزلها الفقهاء منزلة الشهادة. وقال الشيخ ابن عرفة: التحقيق اعتبار القرائن في النوازل.

الوجه الثاني أن غالب العادة دلّت عن أن المنفق هو الرجل دون المرأة في مَنْ هم في عيلة واحدة وعلى مائدة واحدة كحال النازلة، وهذه العادة دليل يُصدّق بالبيّنة في أن المنفق هو الجد الملتزم ويُرفع تصديقُ الجدة ويبيّنتها لما نصّ عليه الشيوخ ابن يونس والمغربي وابن ناجي أن كل من يصدق شرعا فإنما يصدق ما لم تكذبه العادة، مع قرينة أخرى تكذّب الجدة وهو سكوتها عن الطلب مدة الاثني عشر عاما مع وجود القضاة بموضعهم. وهذا الإنفاق مما تتوفر الدعاوى على طلبه في العادة دون السكوت عنه. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييله: قول الإمام المازري وقع في ثمانية الباب 70 من تبصرة ابن فرحون، وقول القرطبي مع قول المازري أيضا وقعاً معاً في الورقة 53 من شهاداته، وكلام الشيخ المغربي: في كل من يصدق شرعا الخ، وقع في الورقة الثانية من ستور صغيره. وكلام ابن ناجي في ذلك وقع في الورقة الثالثة ستور صغيره، وكلام ابن يونس في ذلك وقع في سادسة إرشاد الراغب. ونقلت ذلك في أواسط محرم الحرام عام 1006 [هـ / أواخر أوت 1597 م] وفي يوم الأربعاء سابع عشر ربيع الآخر عام 1007 [هـ / 17 نوفمبر 1598 م] واعرف قاعدة السكوت في سابعة تذكير الغافل.

الحمد لله سألني علي⁽¹⁾ يعرف سعد الدين وناصر الدين السخاوي قالا: يسكن قرب الرقاقين داخل باب البحر في يوم الجمعة ثاني عشر رجب عام 1008 [هـ / 30 ديسمبر 1599 م] عن مسألة رجل طلق زوجته ثم بعد الطلاق ادّعت أنها حامل منه وطلبتة في النفقة لأجل الحمل المذكور، والحالة أن الرجل المذكور ضعيف التكسب عديم ذات اليد لا يملك شيئاً ولا يستطيع أن ينفق عليها لأجل ضعفه، وأن جناحه عائب وعنده أربعة أولاد ولا يملك إلا ثلث دار سكنه مرهوناً عند أرباب الديون، لأن عليه ديناً كثيراً للناس. فهل إذا ثبت فقره تسقط عنه نفقة الحمل أم لا؟ والسلام.

الجواب بعد افتتاحه: لا يتوجّه الطلب على المطلّق بنفقة حمل البائن حتى تثبت حملها بالنساء. فحيث إذا أثبت المطلّق فقره وعجزه عن أداء النفقة عن ذلك الحمل سقطت عنه لأن ثلث الدار قد تعلق به دين المرتهن، وإنما لها اتباع مطلقها إذا أيسر كسائر الديون. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييله: قال في طلاق السنة في المدونة: وكل باينة بطلاق بتات أو بخلع أو لمباراة أو لعان ونحوه فلها السكنى ولا نفقة لها إلا كسوة ولا في الحمل البين فذلك لها ما أقامت [122 أ] حاملاً خلا الملاءنة، ثم أردف المطلقة الطلاق الرجعي. وإنما كان لها النفقة عليه في الحمل لأنها محبوسة من أجل حمله. اعرف ثامنة طلاق السنة من صغير المغربي، الورقة 19 من طلاق السنة من كبيره، وفي ثمانية باب النفقة من الشامل: ولا نفقة لبائن إلا الحامل فلها نفقة الحمل والكسوة في أوله وشرطت في توجه الطلب على المطلّق بنفقة حمل البائن مدة حملها

(1) بياض بمقدار كلمتين بالأصل.

بالنساء⁽¹⁾ لقول المختصر: ولا نفقة بدعواها بل بظهور الحمل وحركته فيجب من أوله. وفي ثانية باب النفقة من الشامل ما نصه: ولا تجب نفقة حمل بدعواها بل بثبوتها بالنساء، وقيل: بل بظهوره وحركته وهو وفاق على الأظهر، فيجب من أوله. انتهى وفي الورقة 29، والورقة 55 من نكاح البرزلي ما نصه: ابن الحاج من قول مالك في الأمهات إن الحامل تجب لها النفقة بنفس ظهور الحمل وثبوتها. وروي عنه أنه لا تجب حتى تضع ثم يفرض نفقة مدة الحمل السابقة خيفة أن يكون ريحا بنفس. وبالأول العمل والفتيا، انتهى. واعرّف الورقة 31 من الطرر.

ووجه توقّف الطلب المذكور على ثبوت الحمل أن نفقتها لو لم يكن حمل ساقطة على المطلّق ولا يحتاج إلى إثبات فقره لأن نفقة البائن ساقطة لسقوط العصمة عنها، فإن كان بها حمل ثابت أنفق عليها لأجله وتسقط عنه حينئذ لثبوت فقره لأنها دين. قال الشيخ المغربي في الورقة 24 من النكاح الثاني من كبره: هل تجب عند تبين الحمل أو حتى تضع مخافة انفشاشه؟ اعرّفه فيه. قولي: وإنما لها أتباعه إذا أيسر كسائر الديون، وقع في الورقة 12 من النكاح الثاني من صغير المغربي في قولها ولا يقبل قوله في دعواه الإرسال بعد قيامها إلا أن يأتي بمخرج ما نصه: أي بالبينة على ما يدّعيه من الإرسال أو إقرار الزوجة. ابن رشد: فلو كانت الزوجة مطلقة طلاقاً بايناً ووجبت لها النفقة لأجل الحمل لكان القول قولها وإن لم ترفع أمرها إلى السلطان إذ نفقتها دين ثابت، انتهى.

قلت: يعني إذا ثبت الحمل فلا تفتقر إلى أن ترفع أمرها إلى القاضي بثبوت الحمل فلما مرّ من كلام الشامل، وأما عدم افتقارها إلى الرفع فلأنها ليست في العصمة وإنما هي مطلقة فالقول قولها بدون رفع لما

(1) أي بشهادة النساء.

وقع في الورقة 57 من نكاح البرزلي ونصّه: إنما كان القول قول الزوج في دعوى النفقة لأن الزوجة في حوزة فالقول قول الحائز، ولهذا لو كان يدفع النفقة للغير لكونها في دار الثقة لكان القول قولها في عدم بلوغها إليها، أو تكون مطلقة في نفقة نفسها في الحمل أو في نفقة الولد، المشهور القول قولها وفي المدونة دليله. وأحفظ في أحكام ابن سهل قولاً آخر واغترّ به بعض شيوخنا فجعلها بمنزلة نفقتها في عصمته، والمشهور خلافه.

الحمد لله، سألني العدواني بن محمد العدواني عرف بابن عدوان وهو مصاب باليمنى⁽¹⁾ ويسكن الآن بتونس قاطناً بها وكان يسكن بالبرض الجوفي قرب سيدي ميمون. سألني لزوج ربيته في يوم الجمعة موثّق 20 من رجب عام 1008 [هـ / 4 فيفري 1600 م] عن نسخة رسم ثم سؤال ثم جواب.

نص النسخة: الحمد لله، اعترف المؤذن منصور بن سعيد [122 ب] الجبالي عرف المقدميني المشتري المذكور أسفل أمامه لجميع الدار المذكورة أمامه وأعلاه أنّ شراء لها هو بينه وبين زوجته منّا بنت حمد الدلاجية بالسواء بينهما ويده في شراء النصف الذي لها إنما هو بمالها، ويده في دفع الثمن عنها عارية ومعونة ولا حق له معها في ثمن ولا مثن. اعترف بذلك قولاً بالحق وعملاً به وخوفاً من الموت فجأة. شهد على إشهاده بذلك في الحال الجائر، إلا أنّ به مرضاً هو معه راقد على فراشه ثابت الذهن والميّز عارف بما يقوله. ويشهد به أواسط رمضان عام 1005 [هـ / أواخر أبريل 1597 م] بمعرفة بالقاسم البرشكي ومحمد بن منصور الجبالي.

(1) بالأصل وردت الجملة: وهو ماب باليمنا. والإصلاح مقترح.

ونص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأملكم من النسخة المقيمة أعلاه والحالة أن المؤذن منصور الزوج المذكور اشترى الدار المذكورة في أوائل ذي القعدة عام 999 [هـ / أواخر أوت 1591م] وبقيت على ملكه من غير اعتراف إلى أن أصابه مرض اعترف فيه لزوجته المذكورة بنصف الدار على الوجه المذكور.

فهل اعترافه المذكور أعلاه صحيح عامل ولا مقال فيه لورثة زوجها المعترف المذكور؟ أو هو تولى باطل لا عمل عليه؟ والحالة أن الزوج المذكور كان يحبها ويميل إليها، جوابكم والسلام.

ونص الجواب بعد افتتاحه: تأملتُ السؤال والنسخة المذكورتين أعلاه؛ وإذا كان الأمر كما ذكر فالاعتراف المذكور باطل وهو تولى ويورث النصف المذكور على فرائض الله تعالى، لأنه اعتراف لوارث في المرض فخرج مخرج الوصية والوصية لوارث لا تجوز إلا بإجازة الورثة. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق. وكتبه أحمد بن محمد بن أحمد المسراتي.

فأجبتُ عن ذلك بما نصّه: الحمد لله، لا يصح إقراره للزوجة المذكورة بما ذكر بعد مدة شرائه للدار وسكنائه بها طول المدة المذكورة إلى وفاته، والتهمة في ذلك ظاهرة من عقد شرائه ومن دوام سكنائه إلى وفاته. فيُحتمل اعترافه لها بعد المدة المذكورة ودوام سكنائه إلى وفاته على أنه قصد الهبة لها فتبطل بسكنائه إلى وفاته. فإن كان مع ذلك معروفاً بمحبتها وميله إليها كما ذكر في خاتمة السؤال فالبطالان أحروي. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييله: مدة سكنائه من وقت شرائه أول قعدة عام 999 [هـ / أواخر أوت 1591م] إلى وقت اعترافه لها أواسط رمضان عام 1005 [هـ /

أواخر أبريل 1597 م] فمجموع المدة ستة أعوام غير شهر ونصف. فإن تمادى مرضه بعد أواسط رمضان أضيف التمادي إلى مدة السكنى المذكورة، إذا تقرر هذا فسندي في هذا الجواب شيئان: أحدهما جواب ابن رشد في عاشره الهبات والصدقات من البرزلي ونصه: سئل عمن اشترى ثلثي دار وبقي يسكن فيها ستة أعوام ثم اشترى ثلثها الثالث⁽¹⁾ باسم زوجته واعترف أن جميع الدار لها وأنه إنما كان اشترى ثلثي الدار لها وبمالها وتمادى في سكنها إلى أن توفي. فتزوجت بعده آخر وبقيت عاما وتوفيت. فاختلف ورثتها مع ورثة الزوج، فقال ورثتها: هي دارها بما أقر لها به ولأن عنده مستغلات ربعها نحو اثني عشر عاما مع ثمن ثياب من شورتها، وقال ورثة الزوج: ليس لها إلا الثلث وثلثاها يملكهما لنفسه وبقي فيها إلى وفاته. وأثبت ورثة الزوجة [123 أ] عقدا باستغلاله أملاكها مدة صحبته لها والزوج مولى عليها. فأجاب: تقدم جوابي بأن لورثة الزوجة الثلث خاصة بما تضمنه عقد الشراء والثلثان لا يصحان لها ويورثان عن الزوج، لأجل أنه لا يصح إقراره لها بعد مدة شرائه لهما وسكناه طول المدة إلى وفاته، والتهمة فيها ظاهرة من عقد شرائه ودوام سكناه إلى شرائه ثلثها ودوام سكناه إلى وفاته. فيحمل اعترافه لها بعد الستة أعوام دوام سكناه إلى وفاته على أنه قصد الهبة لها فتبطل بسكناه بها إلى وفاته. ووقع نقل هذا الجواب على الانتظار في الورقة 97 من الخامس.

قولي: فإن كان مع ذلك معروفا بمحببتها وميله إليها كما ذكر في خاتمة السؤال فالبطلان أحروي. هذا هو السبب الثاني من سندي في الجواب، واسم كان عائد على المعترف والمذكور في خاتمة السؤال هو قوله: والحالة أن الزوج المذكور يحبها ويميل إليها، ووجه الأحرورية

(1) بالأصل: الثاني، والإصلاح مقترح.

اجتماع مبطلين حيث أُضيف هذا المبطل الثاني إلى الأول في بطلان الاعتراف. وتقرير هذا السند ما وقع في أول مديان حاشية الشيخ الطرابلسي عن ابن رشد: إن كان الزوج معروفا بالميل إلى زوجته والصبابة بها فأقراره لها في المرض باطل مطلقاً أي ورث بكلالة أو بولد، وإن كان معروفا بالبغض لها جاز إقراره لها مطلقاً، وإن جهل حاله معها فالتفصيل، اعرفه فيه، واعرف ما في الورقة 77 من الثالث والورقة 22 من السادس والورقة 144 منه.

الحمد لله، سألني محمد برغوث في يوم السبت سبع عشرين من رجب الفرد عام 1008 [هـ / 12 فيفري 1600 م] لخاله إبراهيم بن حميدة الأربسي، عن مسألة امرأة حامل زوجها غائب في طريق الحج فأصابها الطلق في مغيبه ووضعت ذكراً تام الخلقة من حملهما المذكور، وعادتها أن أختها وابنتها هما اللتان تليان أمرها في حال ولادتها. فلما أن وضعت الولد وجاءها النساء على سبيل العادة إلا أنه وقع التقصير عن العادة في الوليمة لأجل الغيبة. وبقي المولود المذكور ثلاثة أيام حياً ثم وقع له ما يُصيب الصغار فمات ودفن. ثم بعد موته ودفنه ما يقرب من شهر جاء الخبر أن أباه الغائب مات بقرب المدينة المشرفة، فقام بعض قرابة الرجل في طلب ميراثه وأنكروا الولادة المذكورة. فهل تُقبل شهادة النساء على الولادة المذكورة والولد المذكور يرث من أبيه ويورث أم لا؟ والسلام.

الجواب بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فقال في الشامل من أقسام الشهادات: ما ثبتت بامرأتين وهو ما لا يظهر للرجال كالولادة وإن غاب المولود على المشهور، وكالاستهلال، ويثبت الإرث والنسب له وعليه دون يمين على المنصوص، انتهى. وعليه مشى في المختصر. قال شارحه: ظاهر كلامه وإن لم يحضر شخص المولود وهو المشهور

خلافاً لسحنون، انتهى. والقول المشهور المقابل لقول سحنون هو قول ابن القاسم. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

[123 ب] تذييله: قولي إذا كان الأمر كما ذكر، أردتُ بما ذكر مريد ميراث الرجل إنما أنكر الولادة كما وقع في خاتمة السؤال. وأما لو وقع إنكاره للاستهلال أو لكون المولود ذكراً فحكم هذين الفرعين في الباب 15 من التبصرة، وكلام الشامل وقع في خامسة شهاداته. وقال في المختصر: ولما لا يظهر للرجال امرأتان كولادة الخ، وشارحه أردتُ به بهرام في وسطه لأنه أول من شرحه، فإذا أطلقت شارحه حتى في غير هذا الموضوع فهو مرادي. وسحنون قال: لا تجوز شهادتهن هنا حتى يحضر شخص المولود ويشاهده الرجال. هكذا قرره في الوسط، ونحوه في الباب 15 من التبصرة. وزاد عن اللخمي تفريقاً وذكر خلاف ابن القاسم وسحنون في الاستهلال أيضاً، وأن ابن القاسم أجازها وسحنون منعها كما مرّ. وكون النساء قرابة المرأة الوالدة لا يضرّ للضرورة، لأن وقت وقوع الولادة لا يحضره إلا القرائب. وفي آخر العتق الثاني من المدونة: وإذا قام شاهد عدل للزوجة بالطلاق أو للأمة بالعتق امرأتان ممن تقبلان في الحقوق للزوجة أو للأمة مثل أن لا تكونا من الأمهات أو البنات أو الأخوات أو الجدّات أو العمّات أو الخالات، أو ممن هو منها بطنّة، وهذا بخلاف غيره من الحقوق فإنه لا تحلف المرأة ولا العبد مع الشاهد ولا مع المرأتين، لكن يحلف الزوج والسيد ويوقف الزوج عن امرأته والسيد عن عبده وأمته حتى يحلف.

الشيخ المغربي في صغيره ما نصه: إنما لم يجز هنا شهادة الأخوات والعمّات والخالات لأن الحمية تدركهن في ذلك والغيرة في غالب العادة.

وقوله: وهذا بخلاف غيره من الحقوق يحتمل من الحقوق التي تجوز فيها شهادة من ذكر، ويحتمل التي يحلف فيها المدعي مع شاهد فتدبر ذلك، انتهى.

وفي خاتمة الأيمان بالطلاق منها ما نصه: وإن أقامت شاهداً أو امرأتين ممن تجوز شهادتهما لها في الحقوق حلف الزوج ومنع منها حتى يحلف. قال مالك: وإن نكل طَلَّقَتْ عليه مكانه وعدَّتْها من يوم الحكم. صغير المغربي، قوله: وإن أقامت شاهداً أو امرأتين. عياض زاد في شهادات المدونة يريد إلا إن يكن أمهاتها أو بناتها أو أخواتها أو ممن هو منها بظنة. وفي العتق أو عماتها أو خالاتها وليس هذا بمنزلة الحقوق وهذا طلاق، يريد لو شهدن في الحقوق جازت. ولعل هذا مراده في الشهادات أو هو ممن منها بظنة، انتهى. واعرف بحث اليمين مع الشاهد في الورقة 31 من شهادات ابن عرفة، واعرف الورقة الموفاة 20 منه.

الحمد لله سألني بو سلامة الحُجَّيج البنزرتي مع إبراهيم التركي الساكن بالبوالة في صباح يوم الثلاثاء موفى 30 من رجب عام 1008 [هـ / 15 فيفري 1600 م] عن نسخة وسؤال وأجوبة.

نص النسخة بعد افتتاحها: حضر لشهيديه بو سلامة بن علي الحُجَّيج وذكر أنه وصله من الفقيه محمد بن سالم الفزاري عرف بالرجَّاج من مقدم ابنته أمة الرحمن قبل بناء الفقيه محمد المذكور بها ستة وأربعين ديناراً نواصر وهديته كنبوش⁽¹⁾ مثل بالفضة ومنشف بالصدور [124 أ] وقمجة تراكب وكنبوش ومنشف مطلوقين. قال: وإن الدراهم المذكورة أخذت بها للبنت المذكورة زوج أخراص ذهباً وزنه خمسة عشر مثقالاً ومضربة قطارش لا غير ذلك، وزدتها من عندي لبنائها بمتزوجها المذكور

(1) غطاء ثمين تحجب به المرأة بعض وجهها. دوزي 2 : 499 - 500.

زوج خلخال فضة وزنه رطل واحد وستة أواقي، وزوج أخراص فضة وزنه أربعة أواقي معمرا بالجوهر، ملوطة شمس بين خيطين، وحدائد فضة وزنه ستة أواقي، وزوج مقياس فضة من عمل الجزائر، ودرّاعة تراكب، ودرّاعة منديل في العريض، وقمجة طابع، وشقيق أبيض بالعلاقات بخيط الفضة. قال: وإن جميع ذلك أوردته ليلة بنائها بمتزوجها المذكور على وجه التجميل والعيرة المستردة لا على وجه التملك، وله انتزاع ذلك منها متى شاء ولو طال الزمان وبدلت الأزواج. شهد على إشهاده بذلك في الصحة والطوع والجواز بتاريخ أوائل ذي القعدة الحرام عام ألف [1000 هـ / أواسط أوت 1592 م] بمعرفة فلان وفلان.

ونص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأملكم من النسخة المقيّدة أعلاه والحالة أن الأب المذكور عليه ديون تخلّدت بذمته لأربابها حلّ أجلها ووجب قضاؤها ووجب عليه السجن فيها بالحكم الشرعي، فأراد انتزاع ما أورد مع ابنته من ماله لبيت بنائها لمتزوجها المذكور على الوجه المذكور. فهل رسم العارية صحيح عامل ويُقضى للأب بانتزاع ما أورد ولا مقال للبيت ولا لزوجها في ذلك أم لا؟ والسلام.

ونص الجواب بعد افتتاحه: تأملتُ سؤالك هذا ورسم العارية فوقه، وإذا كان الأمر كما ذكر وثبتت العارية بواجب الثبوت كما يجب، فللأب المذكور انتزاع الأسباب المذكورة من ابنته المذكورة. والله تعالى أعلم. وكتبه سالم بن علي النفاتي.

ونص الجواب الثاني: الحمد لله، ما أجاب به الشيخ المفتي أعلاه - حفظه الله تعالى - صحيح وبمثله أجيب إذا لم يعارض الرسم المذكور معارض. والله تعالى أعلم. وكتبه أحمد بن محمد بن أحمد المسراتي. فكتبتُ تلوه ما نصه: الحمد لله، ما وقع به الجواب أعلاه يليه عن هذه النازلة صحيح وبمثله أجيب فللأب المعير أن يسترجع عاريتها على

الوجه المذكور أعلاه، يليه. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييله: من المعارض أن يكون كتب الأب العارية بعد البناء بالبنت بمضي عام ونحوه، فإذا كان كذلك فلا يصدق في الإعارة. قال في المختصر: وصدق أب في إعارة بكر في السنة بيمين، وإن خالفته الابنة اعرف.

الحمد لله، هذا بقية تذييل لم يوجد جوابه:

.....المدة فبناها أن للمسكن السكنى بقية المدة. وقد قالوا في معير الجدار لعود الخشب إذا أنهدم فبناه أنه لا يلزمه في المبني تلك العارية، ولعل الفرق هو أن الحنث يدخل بأقل الوجوه فلا تتم الإقالة، انتهى. وفي الورقة 18 من أيمان كبير الشيخ المغربي ما نصه: تفريع من العتبية. قال أشهب عن مالك: من حلف لا دخل على فلان بيتا [124 ب] فدخل عليه وهو ميت حنث، ابن سحنون، وقاله عبد الملك. وقال سحنون: لا يحنث، وقد مشى على الحنث في دخوله عليه ميتاً صاحب الشامل في سادسة أيمانه، مع أن وصفه قد انتقل بالموت. اعرف انتقال وصف الرجل بالموت في أوائل البرزلي، وفي أوائل منتخب الشيخ حلولو. ونقل الشيخ البرزلي في أوائل أيمانه عن جواب ابن البراء أن الحنث يقع بأقل سبب. الشيخ الطرابلسي، في قول المدونة: ومن حلف بالله لا يأكلن هذا الرغيف حنث بأكل بعضه. وعبر عن هذا المعنى الشيخ ابن عرفة بقوله: الحنث بالبعض. ولا بن ناجي في قولها: فإن بنيت بعد ذلك فلا يدخلها ما نصه: قال شيخنا ابن عرفة استشكلت هذه المسألة بأن بانيتها بعد عدمها إن كان بعضها حنث بدخوله، كقولها: بالحنث بالبعض وإلا لم يحنث بعد بنائها ولا سيما بغير نقضه. ويجاب بأن من الأجزاء ما لا يثبت كونه جزءاً إلا مع هيئة اجتماعية، وهو دونها غير جزء ومعها جزء، كالمبتدأ والخبر من الجملة الابتدائية لا يصدق

عليه أنه جزء جملة ابتدائية إلا معها، بخلاف بعض الرغيف فإنه يصدق أنه بعضه بعد ذهاب البقية. وعورضت مسألة المدونة بمسألة كتاب الأكرية في من اكرى داراً فانهدم منها ما له بال فخرج، ثم بُنيت قبل تمام المدة، أنه لا يلزمه الرجوع إن رأى أن البنيان الثاني غير الأول بخلاف ما هنا أو قبله. المغربي: ولم يرض شيخنا ابن عرفة معاوضتها واعتل بأن الأيمان أشد بدليل الحنث يقع بالبعض، وما ذكره صواب. اعرف بقية ما لابن ناجي هنالك.

وقولي: والبساط شرطه أن تقوم عليه بينة، وأن يحلف على وفقه، والبينة مقدمة عليه في مسائل الاستفتاء. هذا الفصل أتيت به لقصد النقل عن الفقيه المسراتي في ما تهوَّس به وهو إدخاله البساط في هذه النازلة مع اشتراطه إذا جاء مستفتياً مع ما سيأتي لابن رشد، أن مسائل الاستفتاء النية فيها مقدمة على البساط. وأما في القضاء فإن البساط مقدم إلى آخر كلامه. فاقصر الفقيه المسراتي على مراعاة البساط دون أن يلتفت إلى الكلام على النية يقتضي أنه من مسائل القضاء.

وقوله: هذا إذا جاء مستفتياً، يقتضي أنها من مسائل الاستفتاء، فهذا تعارض وتناقض فحقه أن ينبه على فقد نية الحالف في النازلة وحيثند يعتمد البساط، أو لذكر أنه إذا كانت عليه نية فيعتمد البساط هو الأول مع بيته عليه ومع يمينه على أنه قصد ذلك البساط.

ولنرجع إلى دليلي على ما اشترطه في البساط، فنقول: الشيخ المغربي في خامسة التخيير والتمليك في صغيره في قولها: وإن قال لها: برئت مني أو أنت خلية، وقال: لم أرد بذلك طلاقاً، فإن تقدم كلام يكون هذا جوابه يدل على أنه لم يرد به الطلاق صدق، وإلا فقد بانت منه. ونصه: معناه إذا قامت على هذا البساط بينة إذ يحتمل معنيين المرأة من العصمة والبراءة من الدين فبساط الدين أن يكون له عليها، فتطلب

البراءة فيقول: أنت بريئة. ومثل البساط في قوله خلية أن تقول له: خليني نزور، [125 أ] فيقول⁽¹⁾: أنت خلية، انتهى.

وفي رابعة العتق الأول منه في قول المدونة في من عجب من عمل عبده أو من شيء رآه منه فقال له: ما أنت إلا حرّ، أو قال له: تعالى يا حرّ ولم يُرد الحرّية وإنما أراد إنك لا تعصني فأنت في عصيانك إياي كالحرّ. فلا شيء عليه في الفتيا ولا في القضاء. ونصه قوله: فلا شيء عليه، يريد وعليه اليمين، ويريد أيضا إذا قامت على البساط بينة. واعرف في هذا الفصل أوائل جمادى الأخرى عام 1003 هـ / أواسط فيفري 1595 م [واعرف أواسط رجب عام 1009 هـ / أواسط جانفي 1601 م] وأوائل محرم عام 1003 هـ / أواسط سبتمبر 1594 م [.

وقولي: وغيرها بخلافها أي وغير مسائل الاستفتاء، وغيرها هي مسائل القضاء. ومعنى كونها بخلافها أي أن البساط مقدّم على النية فيها، أي في مسائل الأفضية في رابعة التخيير والتمليك من كبير المغربي.

قوله: وإن قال لها: اختاري أو اختاري نفسك، فقالت: قد اخترت نفسي، فقال: لم أرد الطلاق وإنما أردت أن تختاري أي ثوب اشتريته لك، فإن تقدم كلام يدل على ذلك فذلك له ويدين وإلا فهو البتات. قوله: فإن تقدم كلام يدل على تلك المسألة. الشيخ قدّم هنا البساط على النية. الشيخ: تُقدّم النية على البساط في الفتيا، وأما في القضاء فلا يُنوّى مثل ما هنا. وقول ابن رشد لا خلاف، أن للحالف نيته التي أرادها وعقد عليها يمينه وإن كانت مخالفة للفظه إنما ذلك في الفتيا، وأما في القضاء فإن البساط مقدم ولا يصدّق في دعوى النية إلا أن يكون هناك ما يدلّ على تصديقه، مثل ما يأتي في قوله: أنت طالق، وقال: أردت من

(1) جملتان تكررتا في الأصل دون موجب.

وثاق، وكقوله: اعتدي إذا كان جواباً لكلام كان قبله كالدراهم تعدّها. لأن هذه الألفاظ مقتضاها الطلاق فلا يصدّق في نيته إلاّ بدليل. وساق مسألتي العبد من كتاب العتق الأول قال: قوله فذلك له ويدين، يريد ويحلف، انتهى. قلت: قوله ويدين أي يوكل إلى دينه.

الحمد لله، سألتني مراد معتق يوسف خوجا عديل حسين باشا المتوفى، وذلك في يوم السبت خامس شعبان عام 1008 [هـ / 21 فيفري 1600 م] وهو الآن قاطن بينزرت، عن مسألة رجل اشترى داراً جوار دار رجل والداران متلاصقا السطوح وسكن فيها بأهله وحشمه. ثم إن صاحب الدار المجاورة له باعها من رجل وأكراها المشتري من لوند⁽¹⁾ عزبة لا تؤمن غائلتهم صاروا يتطلعون ويتشرفون على داره ويتكشفون على أهله وخدمه، ولم تكن الدار المذكورة قبل معدة لهذا. وهذا الأمر من الضرر العظيم المنهي عنه. فهل يمنع صاحب الدار المذكورة من كرائها لأمثال هؤلاء ومن قاربهم؟ ويؤمر بسكناها هو بأهله أو يكرئها ممن له أهل وزوجة مأمون من التسور على العورات؟ والسلام.

الجواب بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر، فقال الشيخ ابن رشد في كتابه المذهب وغيره من العلماء: لا يجوز كراء الدار ممن يتخذها للفساد، انتهى. وهذا التكشف على حريم الجار [125 ب] ممنوع باتفاق علماء المذهب. فيجب حينئذ على صاحب الدار أن يرفع هذا الضرر على جاره، إما أن يسكن داره بنفسه وحريمه، وإما أن يكرئها ممن لا ينقص حرّم الجار. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييله: مسألة كلام ابن رشد وغيره نقله الشيخ ابن فرحون في آخر ورقة من التبصرة، والاتفاق وقع في الورقة 51 من الطرر على نقل ابن رشد، ومثله في الورقة 12 من ترجمة الطرر من البرزلي، ونقله موعباً

(1) اللوند يُجمع على اللوندار: فرقة من جيش البحرية العثماني.

في الورقة 129 من السابع وأبين منه في نقل الاتفاق على منع الكشف على الحرمات فأوقع في الورقة الثالثة من ترجمة الطرر من البرزلي. واعرف حاشيته في رابعة الترجمة بخط الشيخ ابن عرفة أنه حمل المذهب في آخر عمره على أن منع التكشف على الحريم حقّ الله تعالى يقطع ولو كان قديماً، على ما حكاه ابن يونس عن بعض الشيوخ. واعرف يوم الجمعة 23 شوال [عام 1006 هـ / 21 ماي 1598 م]. واعرف الورقة الموفاة 50 من بيوع البرزلي عن العتبية في كتاب السلطان عن ابن رشد. وما في الورقة 13 من ترجمة الطرر منه عن جواب الشيخ السيوري وتذييل البرزلي عليه.

الحمد لله، سألني موسى يولداش التركي قرب الزاوية العروسية وذلك في يوم الثلاثاء ثامن من شعبان عام 1008 [هـ / 24 فيفري 1600 م] عن مسألة وجواب.

نص السؤال: جوابكم عن مسألة رجل يملك علوًّا معتلياً على مخزن وليس فيه بئر، فأراد أن يحفر بئراً بالمخزن المذكور. وبإزاء المخزن دار منع مالكها الرجل ربّ المخزن من حفر البئر بالمخزن المذكور وادّعى أنه يضرّ بئر داره، والحالة أن بين بئر الدار المذكورة وبين الموضع الذي أراد مالك المخزن أن يحفر فيه نحو اثني عشر ذراعاً. فهل يُقضى لمالك العلو والمخزن أن يحفر بئراً بمخزنه المذكور حيث أراد وليس لمالك الدار منعه من ذلك أم لا؟ والسلام.

ونص الجواب بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر وكانت الأرض صلبة لا تضر بئر جاره فليس له منعه. قال ابن فرحون: وليس للرجل منع جاره من حفر بئر في داره إذا كانت الأرض صلبة لا تضرّ ببئره، وإن كانت رخوة وخشي أن ينشف ماء بئره منع إذا قال ذلك أهل

الخبرة، والله تعالى أعلم. وكتبه أحمد بن محمد بن أحمد المسراتي.
فكتبت تلوه: الحمد لله، الجواب المقيّد أعلاه عن هذه النازلة صحيح
وبمثله أجيب. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييله: نصّ ابن فرحون في ثلاثة الفصل الثالث عشر في القضاء بنفي
الضرر من قسم السياسة من تبصرته في الورقة 254 منها. ونصه فصل:
وليس للرجل منع جاره من حفير بئر في داره إذا كانت الأرض صلبة لا
تضرّ ببئرهِ وإن كانت رخوة وخشي أن ينشف ماء بئرهِ مُنِعَ إذا قال ذلك
أهل البصارة. وروى سحنون عن ابن كنانة أن له أن يحفر وإن أضرّ
بجاره في بئرهِ، وليس عليه العمل.

قلت: قوله في الرواية المقابلة للقول المصدّر به وليس عليه العمل
[126 أ] يُشعر بأن القول المصدّر به عليه العمل. واعرف إحداث حمّام
ببنزرت، قام جاره وهو علي ابن الأمين محمد عبيد الحرار على محدثه
وهو السيد رايِس. ادعى علي عبيد أنه يضرّ ببئر حمّامه القديم بنقص
مائه، وقعت في سادسة الجزء الرابع. واعرف يوم السبت سادس شعبان
عام 1006 [هـ / 15 مارس 1598م].

قلت: الجواب عن هذه النازلة موافق لما في حريم البئر من المدونة،
وقد حفر بئراً بعيدة من بئرٍ فانقطع ماء بئرٍ من حفر بئرهِ وعلم ذلك،
فلك ردمها عليه، انتهى. أصل الشيخ المغربي في رابعة حريم البئر من
كبيره، في هذه المسألة أنه إذا كان الذي يريد الحفر قديماً ملكه وإحياؤه
فله الحفر ولو أضر ببئر جاره لا يُنظر إلى تقديم الحفر ولا إلى تأخيرهِ
وإنما يُنظر إلى المُحيّة أولاً، فهي أحق بالحفر بكل حال، اعرفه فيه.
ويعارض كلام ابن فرحون كلام المدونة في حريم البئر أيضاً في المسألة
التي تلي مسألته المذكورة ونصها: وإن حفرت بئراً في وسط دارك

جنب جدارك، فحفر جارك في داره بئراً أو حفرة في وسط داره وكان ذلك يضر ببئرك مُنَع منه. وكذلك لو أحدث كنيفا يضر ببئرك منع منه. ابن ناجي: ظاهره اضطر الحافر لحفر بئره أم لا، استفرغ ماء بئر جاره أم لا. وهو كذلك وأحد الأقوال الأربعة. وقيد بجوازه مطلقاً قاله ابن كنانة. وقيل: إن استفرغ ماء بئر جاره مُنَع وإلا فلا. قاله مالك في سماع أشهب، وقيل: إن وجدَ بدءاً من احتفاره ولم يضطر إليه منع وإلا فلا، قاله أشهب. ودلّ قولها من باب أخرى أنه لو كان حفره يضرّ بجدار دارك أنه يمنع وهو كذلك بلا خلاف، انتهى من ابن ناجي في كبيره وصغيره.

قلت: مسألة التبصرة مفروضة قبل وقوع الحفر المحدث، والمسألة الأولى من مسألتي المدونة مفروضة بعد وقوع الحفر، وأما مسألتيها الثانية فمحمّلة للقبليّة والبعدية لقوله: وكان ذلك مضرّاً ببئرك مُنَع منه، فمفهومه: لو كان ذلك لا يضر ببئرك لم يمنع منه، فمعناه على القبليّة يرجع إلى قول أهل البصارة فيرجع إلى مسألة التبصرة. ومعناه على البعدية أنه لا يقطع إلا إذا أضرّ، ولأجل تقييد الضرر وينقطع الماء منه. ابن ناجي على الضرر الذي يلحق الجدار أنه يُمنَع بلا خلاف فتأمله. ونص ما في موات الشامل وهو له حفر بئر في داره وإن أضرّ ببئر جاره أو لا، وإن اضطر لذلك أو لم يكن ضرراً بينا أقوال، انتهى.

الحمد لله، سألني محمد بن محمد عُرْف برغوث⁽¹⁾ عن سؤال وجواب.

(1) بهامش ورقة المخطوط تعليق نصه: هذه المسألة تقدمت في الورقة الثالثة قبلُ بغير هذا الطريق. وفعلاً ففي الورقة 123 أ-ب وردت مسألة تشبه هذه في محتواها واسم السائل. ألا أنهما تختلفان اختلافاً بيناً في التاريخ كما تختلفان في نص السؤال ونص الجواب ونص التذييل. فهما تتكاملان، ويبدو أنهما كتبتا في زمنين متباعدين لرقيّة حضارة وزوجة الفقيه عبد اللطيف السنوسي في صبح يوم الأربعاء تاسع شعبان عام 1008 [هـ / 5 مارس 1600 م].

نص السؤال بعد افتتاحه : جوابكم عن مسألة امرأة من ذوات الأقدار والحجاب والحسب مغيبة وهي حامل من زوجها الغائب في طريق الحج ، أصابها الطلق فوضعت ولدًا ذكراً وحضرها قرابتها لأن القرائب هن اللائي يحضرن أوائل الولادة، فبقي الولد ثلاثة أيام حياً ثم أصابه ما يصيب الصغار فجأة، ثم بعد ما يقرب من شهر جاء خبر [126 ب] أبيه الغائب أنه مات بقرب المدينة المشرفة . فقام طالب الإِثْر وأنكر الولادة فأثبتتها الوالدة بشهادة النساء من ذوات الحجاب، وشهد العدول أنهم لا يخرجن ليلاً ولا نهاراً إلا من ضرورة . فقال طالب الإِثْر : نأخذ نسخة لأن لي العذر فيها فامتنع وكيل المرأة من ذلك وقال : العذر بالرجال لا يصح لأن هؤلاء النساء من ذوات الحجاب والأقدار لا يخالطن الرجال . العذر بالنساء لا يصحّ تعديلهن ولا تجريحهن . فهل القول قول وكيل المرأة فلا يُعطي نسخة أو قول طالب الإِثْر يأخذ نسخة؟ والسلام .

ونص الجواب بعد افتتاحه : إذا كان الأمر كما ذكر فشهادة العذر غير مقبولة لأنها من الرجال لا تقبل لأن الشهادات من ذوات الحجاب فعذر الرجال فيهن مما ينافيه العرف وتكذّبه العادة، والعادة معمول بها في كثير من الفروع في المذهب، ومن النساء غير مقبولة أيضاً لأن شهادة الجرح شرطها أن تكون بعدلين ذكّرين، قاله الشامل وابن راشد وغيرهما، ولأن شرط شاهد العذر أن يعرف وجوه التجريح، وإذا بطل التجريح بطل أخذ النسخة . لأن القاعدة أنه «كلما سقط اعتبار المقصد سقط اعتبار الوسيلة» . والله تعالى أعلم . وكتبه أحمد بن محمد بن أحمد المسراتي . فكتبت تلوه ما نصه : الحمد لله، الجواب المقيد أعلاه عن هذه النازلة المذكورة أعلاه صحيح، وبمثله أجيب . والله تعالى أعلم، وبه التوفيق .

تذييله: «قاعدة كل دعوى ينفيها العرف وتكذبها العادة فإنها مرفوضة» والنسوان ذوات الأقدار والحجاب لا تطلع الرجال عليهن ودعوى خلطتهن حتى حصل لهم فيهن معرفة التجريح بشيء تكذبه العادة. ووقع في الورقة 54 من شهادات مختصر الشيخ ابن عرفة عن الشيخ ابن شاس مستدلاً على اعتبار العادة بقاعدة كل دعوى ينفيها العرف وتكذبها العادة فإنها مرفوضة» قال تعالى ﴿وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾⁽¹⁾. وفي ثانياً ستور صغير المغربي وثالثة صغير ابن ناجي: «كل من يصدق شرعاً إنما يصدق ما لم تكذبه العادة» وهي في عاشر إرشاد الراغب وفي سادسته وفي الورقة 36 منه. وزاد عن الشيخ ابن عبد السلام: «يسقط قول المؤتمن عند ظهور كذبه أو قوة تهمته» والقاعدة أيضاً مذكورة في الورقة 162 من تذكير الغافل. وكلام الشامل وقع في خامسة شهاداته في قوله: ومنها أي من الشهادات ما لا يثبت إلاً بعدلين، وهو ما ليس بزنا ولا مالٍ ولا ءايل إليه ولا ما تختص بالنساء كنكاح ورجعة، إلى أن قال: وجرح وكذا تعديل. وعن ابن نافع وعبد الملك جواز تزكية النساء للرجال في ما يجوز فيه شهادتهن، انتهى.

قلت: وقد يقال إن في المسألة نظراً، لأن هذه النازلة مآلها إلى المال وهو ميراث الابن من أبيه، وأما قول ابن نافع وعبد الملك فلا ترجيح فيه، وقول ابن رشد وقع في صدر الباب الثاني في القضاء بشاهدين لا يجزي غيرهما.

قال ابن فرحون: وذلك في النكاح والرجعة إلى أن قال: والجرح والتعديل، فهذه الأحكام لا تثبت إلاً بعدلين ذكرين قاله ابن راشد وغيره، انتهى. وفي الورقة 14 من سرقة كبير ابن ناجي في قولها: ولا تقبل إلاً تزكية [127 أ] رجلين عدلين لا أبالي في ما كانت الشهادة في

(1) القرآن: الأعراف 199.

حق لله تعالى أول للناس من حدّ وقصاصٍ لأن التعديل والتجريح أمر ظاهر لا يخفى. فشهادة واحد في ذلك ريبة، هكذا كان يذكر شيخنا البرزلي. قال المغربي: لأنه حكم في البدن كسائر الأحكام البدنية ثم أردف بالنظائر.

ومعرفة وجوه الجرح لقول الشامل: ولا يجب ذكر سببها، يعني سبب التزكية بخلاف الجرح على الأصح. وفي الورقة 12 من الفصل السابع في ما ينبغي للشهود أن يتنبهوا له، من التبصرة في الورقة 99 منها عن وثائق الغرناطي ما نصه: لا تُقبل الشهادة مجملة في ترشيد أو تسفيه أو تجريح أو تعديل.

ووقع في الورقة 71 من أفضيه البرزلي عن جواب ابن هارون: أن شهود العذر بالعداوة إذا كانوا معروفين بالجهالة وقلة المعرفة بالشهادة، فشهادتهم غير جائزة ولا مقبولة. وقاعدة «سقوط اعتبار المقصد لسقوط اعتبار الوسيلة» ذكرها الشيخ شهاب الدين في ثلاثة الباب العشرين من شرح مختصر المحصول ونصه: قاعدة «كلما سقط اعتبار المقصد سقط اعتبار الوسيلة» لأنها تبع. وخولفت هذه القاعدة في الحجج في إمرار موسى على رأس الإقرع الذي لا شعر له مع أنه وسيلة إلى إزالة الشعر، فيحتاج إلى ما يدل على أن إمرار موسى مقصود في نفسه وإلا فهو مشكل لأجل القاعدة، انتهى. وفي الورقة... (1) من أفضية البرزلي: ما هو أصل الشيء إذا بطل فرعه؟ وفي الورقة 86 من الترجمة «إذا بطل الأصل بطل فرعه» انتهى.

الحمد لله، سألتني رمضان الشويرف في يوم السبت ثاني عشر شعبان عام 1008 [هـ / 27 فيفري 1600م] عن سؤال وجواب.

(1) سقط العدد من الأصل.

نص السؤال بعد افتتاحه : جوابكم عن مسألة رجل له زوجة وله منها أولاد أحدهم رضيع وآخر فطيم وآخر غائب وبنت وولد أكبرهم سنه نحو سبعة أعوام أراد سكنى زوجته المذكورة بين جديدين ويعزل أولادها المذكورين عنها. فهل له أن يعزل الأولاد عن أمهم أو ليس له ذلك ويكونون معها حيث كانت؟

نص الجواب بعد افتتاحه : إذا كان الأمر كما ذكر، فالأولاد يكونون عند أمهم إذ هي الحاضنة لهم إذا كانت في محل أمن وليس لأبيهم نزعهم منها دون سبب. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق. وكتبه أحمد بن محمد بن أحمد المسراتي. فكتبتُ تلوه ما نصه : الحمد لله، إذا كانت أم الأولاد في عصمة أبيهم فليس لأبيهم أن ينتزعهم منها ليختصّ بحضانتهم دون أمهم المذكورة ويمنع من ذلك لأجل اشتراكهما معا في حضانتهم. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييله : كلام الفقيه المسراتي يؤذن بأن الأم تختصّ بهم لقوله : فالأولاد يكونون عند أمهم، وهذا الحكم إنما هو إذا كانت في غير عصمة أبيهم، إما مطلقة منه وختلّت عن زوج أجنبي عنهم، وإما مات عنهم أبوهم. وكلامه يؤذن أيضا باختصاص الأم بحضانة الأولاد ولو كانت في عصمة أبيهم لقوله : إذ هي الحاضنة لهم، وليس الأمر كما قال، لأن صريح السؤال يقتضي أنها في عصمة أبيهم. لأنه إنما يريد سكنى الزوجة المذكورة بين جديدين كما قال في السؤال إلا والحالة أنها في عصمته، وإذا كانت في عصمته [127 ب] فالحضانة مشتركة بينهما على ما صرح به الشيخ ابن عرفة. ومقتضى اشتراكهما في حضانتهم أن ليس له نزعهم منها ليختصّ بهم دونها كما وأجبتُ به. اعرف الورقة 168 من السابع.

الحمد لله ، سألني الشريف علي عزوز وأصله بنزرتي والآن متخلق بأحوال الترك ويتعاطى صناعة الطب في التاريخ المذكور عن سؤال وجوابين .

نص السؤال بعد افتتاحه : جوابكم عن مسألة رجل تزوج بنتاً من أبيها بخادم وهدية معلومة . كتبنا الصداق واعترف الأب بقبض ذلك من الزوج . وبنى الزوج بزوجه المذكورة لمدة سبعة أعوام فارطة ، ثم طلب الأب الآن من الزوج الخادم المذكور ، والحال أنه اعترف بقبضها . فادعى الزوج أنه ما بقي عليه شيء وأن شاهدي هذا الصداق شهدا له بذلك والحالة أن الزوجة غضبت لدار أبيها في المدة نحو خمس وعشرين مرة ولا يطالبه الأب ولا الزوجة بالخادم المذكورة بوجه . فهل يلزم الزوج الأمة أو لا تلزمه؟ والسلام .

ونص الجواب الأول بعد افتتاحه : إذا كان الأمر كما ذكر وثبت القبض بشهادة الشاهدين أعني شاهدي الصداق فلا كلام للمرأة ولا لأبيها في ذلك . والله تعالى أعلم . وكتبه سالم بن علي النفاتي .

ونص الجواب الثاني : الحمد لله ، ما أجاب به الشيخ المفتي أعلاه - حفظه الله تعالى - مسحيح وبمثله أجيب . والله تعالى أعلم ، وبه التوفيق . وكتبه أحمد بن محمد بن أحمد المسراتي .

فكتبتُ تلو ذلك ما نصه : الحمد لله ، اعتراف الأب بقبض خادم ابنته البكر التي من نقدها يسقط عن الزوج طلبه وطلب ابنته بها ، لأن المجبر هو الذي يقبض نقد مجبرته . والله تعالى أعلم ، وبه التوفيق .

تذييله : في خامسة فصل الشغار من الشامل ما نصه : وقبض مجبر أو وصي لا غيرهما إلا بتوكيل خاص . واعرف المسألة في الورقة 64 من

نكاح البرزلي عن الغرناطي بيان من يقبض صداق البكر. واعرِف ذلك موعباً في برنامج الشوارد قبل نكاح التفويض.

الحمد لله، سألني منصور القطاري نسيب سنان يولداش في يوم الأحد ثالث عشر شعبان عام 1008 [هـ / 28 فيفري 1600م] عن نسخة رسم بعد افتتاحه: اعترفت زهرة بنت علي بوحامد الراشدي أن جميع القمجة من الطابع والقمجة من عمل الشقيق والكنبوش خام ومنشف حرير وكله طابع لبيسة، ورداءً بالترابك قطعاه ورداءً أبيض للفراش. اعترفت أن جميع ذلك ليس لها فيه حق ولا ملك ولا شركة بوجه من الوجوه، وإنما جميع ذلك لوالدتها عائشة بنت مامي التركي، مال من مالها، ولا حق لها معها في ذلك بوجه من الوجوه. وذكرت أن جميع ذلك في حيازة والدتها المذكورة الآن، اعترفت بذلك قولاً بالحق وعملاً به. شهد على إشهادها بذلك في الحالة الجائزة أواسط شوال عام 1007 [هـ / أواسط ماي 1599م] بتقرر التعريف بها. وعرف بها سنان يولداش ابن مصطفى التركي وهو وكيلها. ووافق على اعترافها موافقة تامة بمعرفته بالنور الزغواني وقاسم مشغل.

ونص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأملكم من النسخة [128 أ] المقيدة أعلاه، والحالة أن عائشة الأم حائزة لجميع الحوائج المذكورة قبل تاريخ الاعتراف وبعده على حسب ما اعترفت به ابنتها زهرة المذكورة. وكانت زهرة تزوجت رجلاً وهي إذًا بكر مهملة، ثم بعده تزوجت آخر وهي الآن في عصمته. ومن وقت تزويجها إلى وقت اعترافها ما يزيد على عامين. وقامت الآن على أمها في الحوائج المذكورة وادّعت أنها لها وأن الاعتراف باطل، فهل يُعمل على الاعتراف المذكور ولا حق لزهرة في الحوائج المذكورة أو لا يعمل على الاعتراف والحوائج لها دون أمها؟ والسلام.

الجواب بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فالعمل على الاعتراف المذكور ولا حق لزهرة في الحوائج المذكورة لاعترافها أنها لأمرها.

قال القاضي أبو عبد الله بن الحاج في أحكامه: أجمعوا على أنه لا ينفع الرجوع عما أقرَّ به من حقوق الأدميين من الأقوال، انتهى. وقال الشيخ أبو زيد عبد الرحمن الطرابلسي في حواشيه على المدونة: يقوم من اعترف لغيره بحق ولم يبين من أي وجه صار له قبلكه أن اعترافه صحيح والحق له لازم، وفيها قولان والظاهر منهما الصحة، وهو قول ابن القاسم - رضي الله تعالى عنه - في سماع أصبغ. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييله: كلام ابن الحاج نقله البرزلي في الورقة الأولى من إقرار حاويه ولم يتعقبه البرزلي بحال، وهو في الورقة 152 من السابع، وكلام الطرابلسي وقع في ثانية كتاب الولاء من حواشيه على المدونة. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

الحمد لله، سألتني الحاج مسعود فتاة مع أسطى علي معتق علي باي لشركائهما من نوال⁽¹⁾ في يوم الأربعاء 16 شعبان عام 1009 [هـ / 21 فيفري 1601م] - وفي وقت عصر هذا اليوم قدم الأخ سي محمد زرزو من سفر الحج - عن نسخة وسؤال. نص النسخة بعد افتتاحه: يعرف شهوده طالب بن عمر النوالي والملوح بن أبي زيد من القبيل معرفة صحيحة تامة، ويشهدون بأنهما حضرا بينهما موطننا في سابق التاريخ خطب في الموطن المذكور الملوح المذكور طالبا المذكور في ابنته البكر المسماة خصيبة للتزويج من نفسه. فأجاب خطبته على صدق نقده قبل البناء بها خمسة وثلاثين ديناراً نواصر، ومهره خمسة دنانير من الصفة وذلك على حسب عادتهم وعرفهم. ووقع بينهما الإجابة والقبول.

(1) قرية غربي مدينة تونس.

لم يزل جميع ذلك في ذمة الزوج المذكور لزوجته المذكورة بالحلول .
فمن حضر الموطن المذكور كيف ذكر وسمع منهما ما ذكر كيف ذكر
وهما بالحالة الجائزة شرعاً ولا علم بذلك رافعاً ولا ناسخاً بوجه إلى أن
توفي طالب المذكور وذلك منذ ثلاثة أعوام فارطة عن التاريخ وإلى
الآن . قيّدوا بذلك شهادتهم هنا أواخر شهر رجب عام ثمانية وألف
[1008هـ / أواسط فيفري 1600 م] فلان وفلان وفلان إلى آخر اثني
عشر رجلاً ، ويتلوه الإذن في العمل ، ثم رسم العمل بشهادة شهيدين .

ونص السؤال بعد افتتاحه : جوابكم بعد تأملكم من النسخة المذكورة
والحالة أن علياً بن هلال ومبارك بن علي ومحمد بن علي أحد الشهود
المذكورين أعلاه رجعوا عن الشهادة المذكورة كما يجب ، وضيف الله
ابن عمر والملوح المذكور أبوهما شقيقان ، ومبارك بن بورخيص ابن
أخي ضيف الله شهد لأجله ، ومحمد بن خليفة [128 ب] بن أخت
الملوح المذكور ، والباقي من الشهود غير مرضيين للشهادة . فهل تسقط
شهادة ضيف الله ومبارك بن بورخيص ومحمد بن خليفة لأجل القرابة
المذكورة ، كما تسقط الأربعة الأول بالرجوع المذكور أم لا؟ وهل تسقط
شهادة الباقيين بعدم تعيينهم التاريخ الذي وقع فيه الموطن المذكور مع
كونهم غير مرضيين ، والزوج قد اعترف بالمحل في غير هذا ، وشهود
الوثيقة المذكورة لم يذكروه ولم يذكروا تاريخ الموطن ، ذلك ممّا يسقط
شهادتهم أم لا؟ والسلام .

الجواب بعد افتتاحه : إذا كان الأمر كما ذكر فشهادة الأربعة الراجعين
قد سقطت ، وأما شهادة العم وإبراهيم فمنعها المتأخرون خلافاً
للمتقدمين . وقيّد ابن راشد جوازها بالمال ، وقيّد في التبصرة جوازها
بالتبريز . وأما شهادة ابن الأخت فبابها وباب شهادة الأصهار والخال
باب واحد على ما ذكر ابن ناجي وغيره وجعل فيه منع الشهادة .

وقال بعض الأشياخ: قول ابن القاسم: بطلان الشهادة بالظنة المتوسطة مطلقا خلافا لسحنون. قال ابن ناجي: والعمل على الأول، انتهى. وتبطل الوثيقة كلها لخلوها عن تاريخ سماع الشهادة من الملوّح وطالب المشهود عليهما لقول الموثّق في سالف التاريخ على ما وقع في وثائق الغرناطي مقتصرًا عليه كأنه المذهب. وأما قوله منذ ثلاثة أعوام فارطة وذلك فهو راجع إلى أقرب مذكور وهو وفاة طالب، وإن احتمل رجوعه إلى وفاة طالب أو إلى قوله: وسمع منها ما ذكر فهو على الاحتمالين. والمعلوم أنه لا يُقضى بالمحتمل فلا يُقضى بهذه الوثيقة. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييله: قوله: فَمَنَعَهَا المتأخرون خلافا للمتقدمين، أشرتُ به إلى ما وقع في أوائل باب الأفضية والشهادات من شرح الجلاب لابن ناجي ونصه: قوله وشهادة ابن العم لابن عمه جائزة لا خصوصية لذكر ابن العم، بل وكذلك العم والخال وغيرهما عند المتقدمين. ومنع ابن القاسم شهادة الرجل لزوج ابنته ولزوجة ابنه وأجازها سحنون، والعمل على الأول. ووقعت بتونس في أيام قراءتنا بها شهادة الخال. وأفتى شيخنا ابن عرفة بعدم قبولها لأن أقل مرتبته أن يكون كالصديق الملاطف وهو يشترط فيه⁽¹⁾ ووقع الحكم بفتواه. ووقعت بالقيروان شهادة الرجل لزوج أخته في مائة دينار ذهبًا، وأفتى مفتيها شيخنا أبو حفص عمر المسراتي بإعمالها، وكان الشاهد ولده والزوجة ابنته وخالفته فيها. وعمل فيها مجلس وانفتحت كلمتهم على ذلك ولم يُحضرني، ولو حضرتُ لعرفتُهما ما عندي في شهادة الخال، وأن الباب واحد عند شيخنا. ثم قال ابن ناجي: وكتبتُ فيها لشيخنا الغبريني ولشيخنا البرزلي واجتمعا فيها، وكتب شيخنا الغبريني لقاضي القيروان ببطلان الشهادة.

(1) بياض بمقدار كلمتين بالأصل.

قلت: أشار بقوله وأن الباب واحد، أي أن الشهادة للمتصل بمن لا تجوز للمشهود له، فإن اعتبر المشهود له جازت وهو أصل سحنون: إن اعتبر المتصل به الذي لا تجوز له الشهادة لو كانت له منعت. وهو أصل [129 أ] ابن القاسم، ومرّ من كلام ابن ناجي أن قول ابن القاسم عليه العمل. اعرف الورقة 23 من إرشاد الراغب.

وقولي: فمنعها المتأخرون، أخذته من مفهوم قول ابن ناجي جائزة عند المتقدمين، فمفهومه أنها غير جائزة عند المتأخرين مع معونة ما حكاه عن الشيخ ابن عرفة وشيخه الغبريني، وأن باب الخال وابن الأخت والأصهار واحد، وهو الشهادة للمتصل بمن لا تجوز الشهادة له، فاعرفه. وقولي: وقيد ابن رشد الخ، هذا القيد نقله ابن فرحون عنه في السبب الثالث من موانع القبول في الورقة 87 من تبصرته ولم يتعقبه عليه بحال. وقولي: وقيدها في التبصرة بالتبريز، هو في صدر الذكر الثالث منها ونصه: المقضي له هو كل ما تجوز شهادته له. ثم قال: ولا يحكم لعمه إلا أن يكون مبرزا، انتهى. فهذا قيد الجواز الذي حكاه عن ابن رشد، لأن ابن فرحون جعل الحكم والشهادة متّحدين في مصدوق من هُما له وهو من يحكم له ومن يشهد له فاعرفه فهو بين. وقولي: وأما شهادة ابن الأخت والخال والأصهار فبأبها واحد على ما ذكر ابن ناجي وغيره وجعل فيه منع الشهادة من كلام ابن ناجي برمته.

وقولي: وقال بعض الأسيّاح، قول ابن القاسم بطلان الشهادة بالظنة المتوسطة خلافاً لسحنون، قال ابن ناجي: والعمل على الأول الظنية المتوسطة بالظاء المشالة، ومعنى التهمة المتوسطة⁽¹⁾، قال القاضي أبو بكر بن العربي - رحمه الله تعالى - في شرح غريب الرسالة: ظنين معناه متهم قال تعالى ﴿وَمَا هُوَ عَلَى الْغَيْبِ بِضَنِينٍ﴾⁽²⁾ على قراءة من قرأه بالظاء المشالة، انتهى كلامه.

(1) بالهامش تعريف لها نصه: التهمة المتوسطة وهي الشهادة لمن اتصل بمن لا تجوز له الشهادة.

(2) القرآن: التكوير 24.

قلتُ: وإلى الظنَّة المتوسطة الإشارة بقول ابن ناجي: ومنع ابن القاسم شهادة الرجل لزوج ابنته ولزوجة ابنه، وبقوله باب شهادة الخال وشهادة الرجل لزوج أخته باب واحد، يعني بذلك الظنَّة المتوسطة أي التي سبب التهمة فيها متوسط بين الشاهد والمشهود له. ألا ترى أن شهادة الخال لابن أخته سبب التهمة فيها هو الأخت المتوسطة بين الشاهد والمشهود له، وهما الخال وابن أخته. وكذلك غيرها مما فيه متوسط سبب الظنَّة والتهمة كزوج البنت. فالشهادة من حيث إضافة المشهود له لمن لا تجوز الشهادة له تمنع، ومن حيث ذات المشهود له تجوز كالشهادة لزوجة ابنه ولزوج ابنته ولأبوي زوجته من رجل غيره. اعرف ذلك كله وأصل ابن القاسم وسحنون موعبًا في الورقة 170 من الرابع، وفي الورقة 41 من الخامس.

والواقع في وثائق الغرناطي نصه: لا بد للشاهد أن يؤرخ شهادته إلا في موضعين: أحدهما تسجيل الحكام. وثانيهما إشهاد الشهود على شهادتهم -على خلاف في هذا- ونقله في ثانياة الباب 33 من التبصرة ولم يذكر معه ما يخالفه فكأنه المذهب، ولأجل أن التاريخ لا بد منه وأنه ركن العقد المشهود به. قال في خاتمة ترجمة تقييد عداوة: ليكون عدة في الورقة 108 من الطرر عن كتاب الاستغناء لابن عبد الغفور: إذا وقع في الوثيقة بَشْرٌ أو ضَرْبٌ أو مَحْوٌ في مواضع العقد كعدد الدنانير أو أجلها أو تاريخ الوثيقة [129 ب] سئلت البينة، فإن حفظته من غير أن يروا الوثيقة مضت، وإن لم يحفظوه سئلوا عنه بعينه، فإن حفظوه مضت أيضا، وإن لم يحفظوه سقطت الوثيقة. ونقله البرزلي في الورقة 39 من أفضيته، وتكلم عليها أيضا في ثالثة وصاياها.

قلت: هذا التقرير ظاهر، أعني ما نقلته عن وثائق الغرناطي بواسطة التبصرة، لكن في الورقة الموفاة 20 من دعاوى البرزلي عن جواب

اللخمي في من أوصت لأجنبي بالثلث ثم بعد مدة تصدق به على الزوج - زوج المتوفاة- وبينه وبين الأجنبي المواصلة صداقة، ثم بعد مدة قال الموصى له إن المتوفاة أمرتني برده إلى زوجها فأنكر الزوج ذلك، وشهد شاهد على الموصى له أنه أبى أن يحلف حين قال له إخوة المتوفاة: احلف إنه لا مواطأة بينك وبين المتوفاة على رده لزوجها، فطلب الزوج تاريخ شهادة الشاهد هل كانت قبل صدقة الموصى له أو بعدها؟ وأن يؤرخ ذلك.

فأجاب: لا يضرّ عدم التاريخ، اعرفه فيه. وقد يُقال إنه يعارض ما قاله الغرناطي إلا أن كلام الطرر يعضد كلام الغرناطي فاعرف ذلك. وقاعدة «لا يُفْضَى بمحتمل» جزم به الشيخ ابن القطان، نقله عنه في آخر ترجمة وثيقة بموت ووراثه ومعرفة أملاك الميت في الورقة 101 من الطرر ولم يتعقبه عليه بحال. ونقله عنه أيضا الشيخ الوانوغبي في خامسة شهادات حواشيه واستدلّ على صحته بمسألة حلفها من الطرر عن الاستغناء، وبمسألة حلفها من سماع يحيى فاعرفه فيه واعرف أوآخر قعدة عام 1007 [هـ/ أواسط جوان 1599 م].

الحمد لله، سألني حسن شاوش كان يسكن قرب دار ساسي قبادو في يوم الأحد موفى 20 من شعبان عام 1008 [هـ/ 5 مارس 1600 م] عن مسألة رجل باع من رجل أمةً بأربعين كرونة ذهباً، ودفع له المشتري من الثمن عشر كرونات وأحاله على رجلٍ بالثلاثين كرونة الباقية بمُضَي ستة أشهر وذكر له المشتري أن الرجل المحال عليه مليّ صاحب ملك وغيره. فلما انصرم الأجل ظهر أن الرجل المحال عليه فقير لا يملك شيئاً فهل للبائع المذكور الرجوع على المشتري بالعدد المذكور لكونه يعلم فقره، والبائع لا يعلم فقره؟ وهل على البائع يمين أم لا؟ والسلام.

الجواب بعد افتتاحه : إذا كان الأمر كما ذكر فالحوالة المذكورة تُفسّخ، ولبائع الأمة أن يرجع بالثلاثين كرونة الباقية له من الثمن على مشتريها لا على المحال عليه. فإن أنكر المشتري علمه بفقر المحال عليه ولم تقم عليه بيّنة بعلمه وجبت اليمين عليه أنه ما يعلم فقره. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييله : هذه المسألة وهي كون المحيل يعلم فقر المحال عليه مذكورة في المدونة، وفي آخر فصل الحوالة من المختصر.

الحمد لله، سألتني فاطمة بنت بن نصر عُرّف شبلا المديوني بخارج باب المنارة، من جيران عبد الله المحروق، وزوج ابنتها محمد عرف غراراً في يوم الثلاثاء 22 شعبان عام 1008 [هـ / 8 مارس 1600 م] عن مسألة رجل تزوج بكرةً بمدينة تونس منذ ثلاثة أعوام وأضرّ بها في جميع المدة ضرراً بيّناً وأساء عشرتها وأسكنها عند جديدين بعد أن نقلها من دار بعض قرابتها، ومن دار [130 أ] أخرى ثم نقلها عند جديدين بعد أن نقلها، وهي في جميع ذلك تشتكي ضرره بها، وخرجت من دار الجيد الثاني على وجه الغضبة فقام يريد أن ينقلها من مدينة تونس ويسكن بها ببلد تبرسق، والحالة أنه ليس له بتبرسق دار ولا غيرها من الأملاك وليس له بها قرابة من وجه ما، كما أن الزوجة ليس لها هنالك قرابة من وجه ما. فهل يُقضى له بنقلها وإن كرهت والحالة أنها تشتكي ضرراً على نحو ما ذكر وكونه تزوجها بتونس فلا ينقلها من الحاضرة إلى القرية؟ والسلام.

الجواب بعد افتتاحه : إذا كان الأمر كما ذكر فليس للزوج المذكور أن ينقل زوجته المذكورة ولا يلزمها أن تنتقل معه، وذلك لما تبين من ضرره بها وإساءته عشرتها. قال القاضي أبو الوليد بن رشد - رحمه الله

تعالى- : إذا عُرِفَ الزوج بالإساءة إلى زوجته لم يكن له أن يرتحل بها .
والله تعالى أعلم، وبه التوفيق .

تذييله : قول ابن رشد نقله عنه المغربي في تاسعة ستور صغيره .
قلت : حال هذا الزوج قد عُرِفَ بالإساءة إليها والإضرار بها فانطبق عليه
كلام ابن رشد . وأما لو عُرِفَ بالإحسان يمكّن من النقلة بها وهو مفهوم
الشرط ، وأما لو جُهِلَ بحيث لم يُعْرَفَ بإساءة ولا بإحسان لكان محمولاً
على حسن العشرة وما يبيح له نقلها حتى تُثَبِتَ خلاف ذلك . قاله ابن
رشد والبايجي ، قالوا : وهو مقتضى المدونة نقله عنها الوانوغي في ستور
حاشيته . وقال ابن ناجي في الورقة 11 من ستور صغيره : قوله وللزوج
أن يَضَعَنَ بزوجه من بلد إلى بلد وإن كرهت ، يريد إذا كان نقله مأموناً
محسناً إليها فلا يخرج بها حتى يثبت ذلك لتصريح ابن الجلاب بذلك .
وبه حكمتُ غير ما مرّة .

قلت : قال ابن ناجي : يريد إذا كان ثقة مأموناً محسناً إليها ، قيّد به
إطلاق المدونة . ثم قوله : فلا يخرج بها حتى يثبت ذلك ، حمل الزوج
المجهول الحال على عدم المبيع جرياً على تقييده ، وذلك خلاف مقتضى
المدونة عند الشيخين ابن رشد والبايجي في مجهول الحال . وهذه المسألة
وقعت في الورقة الموفاة 20 من وثائق الفشتالي ، واعرف أواخر ربيع
الأول عام 1004 [هـ / أواخر ديسمبر 1595 م] ومسألة محمد الحداد
في 24 رمضان عام 1006 [هـ / 30 أبريل 1598 م] وهي نظيرة هذه
النازلة . واعرف 18 محرم عام 1007 [هـ / 22 أوت 1598 م] واعرف
15 محرم عام 1008 [هـ / 6 أوت 1599 م] . وكون البلد الذي يريد
نقلها إليه قرية لا يمنع الرحيل بها إلا حيث يكون عليها في نقلها إليه
معرّة أو مضرّة .

قال ابن ناجي: ظاهر قول المدونة وللزوج أن يضعن بزوجه من بلد إلى بلد إن المدينة مخرج للقرية كعكسها. وهو ظاهر كلامهم وبه أفتى الشيخ أبو عبد الله محمد الحسين ابن الأمير أبي العباس أحمد الحفصي وإن كان عليها في ذلك معرة أو مضرّة فلا عملاً بفتوى الشيخ أبي القاسم أحمد الغبريني، وأبي علي بن قداح وشيخنا ابن عرفة، وشيخنا البرزلي، وبه أقول، انتهى. واعرّف هذا البحث إثر فصل الشغار من برنامج الشوارد فيه الإيعاب. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

وفي البرزلي، إن القرية إذا لم تكن مادة عن الأحكام الشرعية لا بسبب عاملها ولا بسبب عرفها فحكمها كحواضر فاعرفه، فهو خلاف ما حكى ابن ناجي [130 ب] عن فتواه. اعرّف مبدأ الصفحة اليسرى من الورقة 64 من نكاحه.

الحمد لله، سألتني حفصية مميّة في يوم الاثنين ثامن عشرين من شعبان عام 1008 [هـ / 14 مارس 1600 م] عن مسألة رجل سلّم لزوجه أرضاً مشجرة بمال معيّن في رسم ملكه للأرض المذكورة واعترف بقبض المال. ثم بعد موت الزوج قام على الزوجة المسلم لها بعضُ ورثة المتوفى وأراد الخدش في التسليم المذكور. فدخل بينهم ناس بالصلح فاصطلحوا على أن تكون الأرض المذكورة نصفين: النصف منها للزوجة المسلم لها والنصف الآخر لبقية الورثة، وانعقد الصلح المذكور بينهم على ذلك. ثم بعد مضي عشرة أعوام استظهر القائم المذكور بعقود دين على المتوفى المذكور وأراد طلب الزوجة المذكورة في الدين المذكور عند انعقاد الصلح ولا مانع يمنعه من ذلك. فهل تُقبل حجّته ويُقضى له بدينه أو لا تُقبل لسكوته هذه المدة وانقسام تركة المدين وهو حاضر؟ والسلام.

الجواب بعد افتتاحه : إذا كان الأمر كما ذكر فلا قيام له في الأرض المذكورة بدينه المذكور وقيامه ساقط عملاً بما وقع في أحكام ابن سهل عن فتوى الأشياخ أيوب بن سليمان وعبد الله بن يحيى ومحمد بن لبابة وسعد بن معاذ⁽¹⁾ وابن وليد ويحيى بن عبد العزيز - رحمهم الله تعالى - والصلح بمنزلة البيع . والله تعالى أعلم ، وبه التوفيق .

تذييله ، هذه المسألة وقعت في أحكام القاضي ابن سهل - رحمه الله تعالى - ونقلها بنصّها الشيخ ناصر الدين اللقاني في باب التفليس من حواشيه على التوضيح ، واعرّف كتاب المديان من حاشية الشيخ الوانوغى ، واعرّف الورقة 77 من الرابع ، وفي الورقة الموفاة 30 من المباني اليقينية عن الشيخ سعيد العقباني التفريق بين غرماء الميت وغرماء الحي المفلس . فاعرّفه فيه .

وقولي : والصلح بمنزلة البيع ، أي فيكون صلحهم في النازلة بمنزلة بيع التركة ورب الدين حاضرًا عالم فلا قيام له بدينه . اعرّف الصلح كالبيع في الورقة 89 من السادس .

الحمد لله ، سألتني قرنديل يولداش لصالح الفخفاخ لأخته زوجة بورسم المنستير في يوم الاثنين ثامن عشرين شعبان عام 1008 [هـ / 14 مارس 1600 م] عن مسألة رجل تزوج امرأة بمدينة تونس وتزايد له منها ولد سنّه الآن نحو أربعة أعوام . ثم تزوج امرأة أخرى ببلد غير المدينة المذكورة وطلب من الزوجة التي بمدينة تونس أن تنتقل معه للبلدة التي بها الزوجة الأخرى فامتنعت من ذلك ، فأراد نزع ولده منها ويرفعه للبلدة التي بها الزوجة الأخرى دون أمّه المذكورة . فهل يُقضى له بنزع الولد من أمه وإن كرهت وهي في عصمته أم لا؟ وإن قلتم لا يُقضى له

(1) ورد الاسم بالأصل سعيد بن معاذ وصوابه سعد بن معاذ ترجمه ابن فرحون في الديباح المذهب 1: 395 .

بذلك وطلق الزوجة ليرفع ولده للبلدة التي بها الزوجة الأخرى أيقضى له برفعه، والحالة أنه بحري صاحب سفينة يسافر فيها في البحر ولا يستقرّ بالبلد إلاّ مدة يسيرة حيث لا يتجه له السفر في البحر، وأمّ الولد لها أمّ حاضنته أمّ كيف الأمر في ذلك والحالة هذه؟ والسلام.

الجواب بعد افتتاحه: إذا كان سفره من تونس سفر نقلة وكانت المسافة التي بين [131 أ] البلدين اثنين وسبعين ميلاً، فأكثر وكان البلد الذي يريد نقل الولد إليه بلد أمن واستوطنه وطريقه مأمونة فله نقله من أمه البائن في البر والبحر. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييله: سفر النقلة وشروطه الثلاثة وهي عدد الأميال المذكورة، وأمن البلد المنتقل إليه وأمن الطريق، جميع ذلك مذكور في المختصر وفي الشامل. واحترزتُ بسفر النقلة عن سفر التجارة وغيره، فليس لولي الحاضن نقله في ذلك عن حاضنته.

قولي: واستوطنه أي البلد الذي يريد نقل الولد إليه. وهذا لنقل ابن ناجي في تاسعة ستور صغيره عن نسخة شيخه ابن عرفة، أنه لا يرفع الولد حتى يثبت أنه استوطن البلد المنتقل إليه. قال ابن ناجي: وبه العمل بإفريقية، قال: وأفتى شيخنا البرزلي بتحديد استيطانه بعام، انتهى. وفي الورقة 31 من رعاية الأمانة أن ثبوت تقدم استيطانه هو رابع الأقوال في ما يُباح له به نقل ولده من بلد حاضنته.

قال: ويرجح هذا القول بكونه به العمل بقربة، وذكر أن عدم قصد الأب بنقل ولده ضرراً أمه هو القول الخامس في المبيح وهو قول سحنون. واستوفى نقل الخمسة الأقوال مقررة لقائلها من نقل الشيخ ابن عرفة فاعرف ذلك هناك. واحترزتُ بالبائن من ذوات العصمة، فإنه لا ينقل ولدها عنها لأن حضانتها وأمّه في عصمة أبيه مشتركة بينهما،

نص على ذلك الشيخ ابن عرفة . وقولي : في البر أو في البحر ، صرح به ابن ناجي في تاسعة ستور صغيره وعزاه لظاهر المدونة فاعرفه . والله تعالى أعلم ، وبه التوفيق .

الحمد لله ، سألني قارا صقر من جيران سعد الدين في يوم الاثنين ثامن عشرين من شعبان المذكور عن سؤال وجواب وتصحيح بالموافقة .

نص السؤال بعد افتتاحه : جوابكم عن مسألة رجل طلق زوجته طلقة واحدة ثانية لأولى له فيها على غير فداء ولا ترك شيء ، وله منها أولاد ذكران وأنثيان ، سنّ الأكبر نحو ثلاثة عشر عاما ، والآخر نحو سبعة أعوام ، وسن إحدى البنيتين نحو خمسة أعوام والأخرى ثلاثة أعوام ، وأمهم المطلقة المذكورة لم تزل عزباء إلى الآن . فهل حضانة الأولاد المذكورين لأهمهم دون أبيهم أو لأبيهم دون أمهم؟ والسلام .

ونص الجواب بعد افتتاحه : إذا كان الأمر كما ذكر فالحضانة ثابتة للأم ما دامت غير متزوجة وتستمرّ حضانتها لأولادها إلى بلوغ الذكر والدخول بالأنثى . والله تعالى أعلم . وكتبه أحمد بن محمد بن أحمد المسراتي . ويتلوه تصحيح الحاج سالم النفاتي بالموافقة عليه . فكتبتُ تلو ذلك ما نصه : الحمد لله ، إذا كانت أم الأولاد مطلقة سليمة العقل والبدن خلية من زوج فحضانة أولادها لها دون أبيهم . والله تعالى أعلم ، وبه التوفيق .

تذييله : عدم سلامة عقلها كطيش وسفه مانع لها من الحضانة ، وعدم سلامة البدن ككونها مجذومة أو صماء أو عمياء أو نحو ذلك مانع من الحضانة . وذلك كله مذكور في الشامل وغيره ، كالخلو عن زوج دخل بها فهو شرط فعدمه وهو كونها ذات زوج دخل بها مانع . والله تعالى أعلم ، وبه التوفيق .

[131 ب] الحمد لله ، سألني عبد الله بن سعيد زروق القروي في أواخر شعبان عام 1008 [هـ / 15 مارس 1600م] وذلك يوم الثلاثاء تاسع عشرين منه عن مسألة رجل اشترى حصاناً للطاحونة لرحي الطعام ، فأتى إليه معلم الفرن فقال له : هذا الحصان نرفعه نُعلِّمه عندي في فرني ، فرفعه ثم بعد ذلك أصاب المعلم الفران ضرب بجبهته فادعى أن الحصان المذكور رَمَحَهُ فأصابه الضرب المذكور ، ورب الحصان منكر لأن تكون الضربة من رَمَحَ حصانه ، فإذا قامت للمعلم الفران بينة بأن الحصان المذكور هو الذي رَمَحَهُ . فهل يكون على رب الحصان في ذلك ضمان أم لا؟ وإذا قلت بالضمان ومات المعلم المرموح فهل يكون على رب الحصان المذكور الدية أو القود أو لا شيء عليه من ذلك؟ لأن الحصان المذكور من العجم وربه المذكور ليس بقائد له ولا سائقه ولا راكب عليه . وإذا دُمِّي المضروب المذكور على رب الحصان بأن الحصان هو الذي رمحه فهل يعمل بهذه التدمية أم لا؟ والسلام .

ونص الجواب بعد افتتاحه : إذا كان الأمر كما ذُكر فلا شيء على رب الحصان المذكور . والله تعالى أعلم . وكتبه سالم بن علي النفاتي . فكتبتُ تلوه ما نصه : الحمد لله الجواب المذكور أعلاه عن هذه النازلة صحيح وبمثله أجيب ، لأن ظاهر السؤال يقتضي أن المعلم المذكور أتى إلى رب الحصان لرفعه بفور شرائه هو في تلك الحال بمظنة أن يجهل حال الحصان فلا يحمل على الغرر . والله تعالى أعلم ، وبه التوفيق .

تذييله : ارتفع الضمان عن رب الحصان من وجهين : الأول أن المعلم هو الذي طلب رفع الحصان لتعليمه فجنايته عن نفسه . والثاني : أن رب الحصان يجهل حال الحصان هل هو متعود للصك أم لا ؟ لأنه بفور شرائه رفعه المعلم ليعلمه لقول السائل في السؤال اشترى حصاناً فأتى إليه . وقاعدة اللسان أن الفاء للترتيب والتعقيب ، ومعنى مقتضاه أن

المعلم إنما رفع الحصان على حال جهلٍ من ربّه بحاله هل هو متعود للرمح أم لا؟ وجهله ينافي قصده التغيرير بعلمه. وإذا حمل على الجهل لحاله لرفعه المعلم بفور شرائه فلا تغيرير ولا ضمان. لقول آخر كتاب الرواحل من المدونة: ومن اكتريت منه دابة أو ثوراً للطحن فكسر المطحنة لَمَّا ربطه فيها وأفسد آلتها لمن يضمن إلا أن يغرّك وهو يعلم ذلك منه فيضمن، لأن مالكا قال في مَنْ أكرى دابته من رجل ربوض أو عثور وقد علم ذلك فلم يعلمه بذلك فحمل عليها فربضت أو عثرت فانكسر ما عليها أنه ضامن، انتهى.

قلت: فابن القاسم قد أفتى في مسألته بمفهوم مسألة مالك، فإن مسألة مالك عَلم وترك المكري إعلامَ المكثري بحال دابته، فمفهوم علمه أن عدم علمه يرفع عنه الضمان. ومسألة ابن القاسم فيها عدم علم المكري فلا يضمن إلا أن يغرر وهو يعلم، وهذا على جل قول الصحابي - رضي الله تعالى عنه - قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم تسليمًا - (من مات لا يشرك بالله شيئاً دخل الجنة) وقلتُ من مات يشرك بالله شيئاً دخل النار. والمفهوم في كلام الراوي مفهوم شرط. وفي مسألة مالك مفهوم صفة وكلاهما من [132 أ] مفهوم المخالفة وهو دليل الخطاب. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق. اعرف الورقة 111 من الخامس في بحث الغرور القولي والفعلي.

الحمد لله، سألني القاري المكرم محمد بن محمد البريكي في يوم الأربعاء تاسع عشرين من شعبان المذكور عن مسجد توفي إمامه وقدم القاضي رجلاً آخر من أهل حومة المسجد للإمامة به بعد شهادة أهل الحومة بأهليّة المقدم للإمامة بالمسجد المذكور. فمكث يؤم به مدة حتى قدم شاب ربيب الإمام المتوفى من سفر كان فيه، فأراد الإمامة بالمسجد المذكور لكون زوج أمه كان إمامه به. فطلب من أهل الحومة

أن يشهدوا فيه بأهليته للإمامة بالمسجد المذكور فامتنعوا من ذلك لقوة أهلية المشهود فيه لأول ولايته لم يظهر فيه قراح شرعي في الإمامة ولأنه شيخ في سنه . فذهب لأناس آخرين من حومة أخرى ولهم مسجد آخر قرب دورهم من هذا المسجد المذكور . فهل يُعمل على شهادة هؤلاء الأبعاد أن لو شهدوا له ويعزل الأول بمجرد ذلك دون ظهور قراح شرعي أم لا؟ والسلام .

ونص جواب إثره بعد افتتاحه : إذا كان الأمر كما ذكر واستوى الإمامان المذكوران في المعرفة بأحكام الصلاة فالإمام المقدم الآن أولى بالإمامة ولا يعزل إلا بقراح . والله تعالى أعلم . وكتبه أحمد بن محمد بن أحمد المسراتي . فكتبتُ تلوه ما نصه : الحمد لله الجواب المسطور أعلاه عن هذه النازلة المذكورة صحيح وبمثله أجيب . والله تعالى أعلم ، وبه التوفيق .

الحمد لله ، سألني قرنديل الضاش في أوائل رمضان المذكور بعد عام 1006هـ / أوائل أبريل 1598م] عن سؤال وجواب .

نص السؤال بعد افتتاحه : جوابكم عن مسألة رجل اشترى من رجل داراً بحقوقها ومنافعها ، ومن حقوقها مُعتلى عليها منذ ما يقرب من عامين اثنين فارطين عن التاريخ بثمن معلوم اعترف البائع بقبضه . وتملك المشتري ما اشتراه المذكور بهذا البيع . ثم قدم رجل على المشتري المذكور وادعى أن له حقاً في الدار المذكورة وتنازع مع المشتري في ذلك إلى أن وصلا لدى من يجب فحكم ببطلان دعواه المذكور بعد أن عقد بينهما مجلساً بأهل العلم واستشارهم في ذلك ثم حكم ببطلانها شرعاً . ثم قام الآن ثلاثة نفر وادعوا أن لهم قبل البائع المذكور ديناً وأرادوا أن تُباع الدار المذكورة ويتحصصوا ثمنها والحال أن الدار في

حكم المشتري المذكور المدة المذكورة، وأن المدين المذكور لم يفلّس وعنده داران غير هذه الدار، وهم عالمون بأنه مخاصم مع الرجل المذكور أولاً وغلبه بموجب الشرع ولم يقع منهم كلام ولا طلب إلا الآن. فهل قيامهم في هذه الدار باطل ولا حجة لهم في البيع المذكور؟ لأنه قبل التفليس والبيع ماض وتبقى الدار على ملك مشتريها المذكور ولا تنهض حجّتهم المذكورة لأنه اشتراها شراءً صحيحاً منذ عامين [132 ب] كما ذكر ومتصرف فيها المدة المذكورة ويكربها ويقبض كراءها المدة المذكورة أو تنهض حجّتهم بذلك؟ والسلام.

ونص الجواب بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فالبيع المذكور صحيح ماض ولا كلام فيه لواحد من الغرماء، لأن الغرماء لا يمنعون المدين من التصرفات المالية إلا أن يحيط دينهم بماله ويفلّس، فيحجر عليه ماله حيثئذ بمنعه من البيع وغيره، وأما قبل ذلك فأفعاله ماضية وتصرفاته جائزة. والله تعالى أعلم. وكتبه أحمد بن محمد بن أحمد المسراتي. فكتبتُ تلوه ما نصّه بعد افتتاحه: إذا ثبت رسم البيع بواجب الثبوت وأسقط الإعذار فيه من يجب له الإعذار شرعاً صحّ وأمضي. والتصرف والإكراء وقبض الكراء المدة المذكورة غير ناهض وإنما ينهض حوز عشرة أعوام والتسعة مثلها على تفسير الشيخ البرزلي المدونة. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل: رسوم الأشرية إنما تفيد قطع النزاع بين المتبائعين أو من جاء من قبلهما، قاله الشيخ ابن عبد السلام والشيخ ابن عرفة والشيخ البوسعيدي، اعرف ذلك في الورقة 14 من الجزء الرابع. (1)

وأرباب الديون جاء من قبل البائع لأن دينهم عليه وذمته وماله مطلوب لهم بديونهم ولهذا قلت: إذا أسقط الإعذار فيه من يجب له الإعذار

(1) بياض بمقدار ثلاث كلمات بالأصل.

شرعا، أعني البيع المذكور، فلا تقتضي رسوم الأشرية ملكا ولا حوزاً من حيث تنعقد على إيجاب وقبول، خلافاً للشيخ ابن عرفة أنها تقتضي الحوز لمن هي في يديه.

اعرف فصل الملك من المختصر الفقهي للشيخ الجدي - رحمه الله تعالى - فإنه أوجب ذلك. وكلام الشيخ ابن عرفة في فصل الثبوت هل هو حكم من أفضيته قال: وهو ظاهر المدونة، وذيله الشيخ البرزلي في الورقة 31 من أفضيته وزيف ما استدل به، وتبعه على ذلك الشيخ الجدي في المباني اليقينية في الورقة 34 منه وفي الورقة 35 منه، واعرف الورقة 19 من الرابع، والورقة 104 منه، والورقة 78 من الخامس. وتفسير البرزلي. اعرف في الورقة 56 من شهادات كبير ابن ناجي في قول مالك: ومن أقامت بيده دار سنين ذوات عَدَدِ الخ، ونقلته في الورقة 153 من الخامس، وفي الورقة 58 من السابع وفي الورقة 90 منه.

واعرف إحاطة الدين بمال المدين في أول تفسير حاشية الوانوعي، واعرف حادي عشر حجة عام 1005 [هـ / 27 جويلية 1597 م] مرّ قريبا. واعرف في عتقها الأول: ولا يجوز لمن أحاط الدين بماله عتق ولا هبة ولا صدقة وإن كانت الديون التي عليه إلى أجل بعيد إلا بإذن غرمائه. ثم قال: وأما بيعه وشراؤه ورهنه فجائز، انتهى. وفي أول مديانها: وإذا باع الورثة التركة فأكلوا ذلك واستهلكوه ثم طرأت ديون على الميت، فإن كان الميت يُعرف بالدين فباعوه مبادرة لم يجز بيعهم، وللغرماء انتزاع عروضه من مشتريها، ويتبع المشتري الورثة بالثمن. وإن لم يُعرف الميت بالدين وباعوا على ما يبيع الناس اتبع الغرماء الورثة بالثمن كان فيه كفاية أو لم يكن، ولا تباعة على المشتري، انتهى.

[133 أ] الحمد لله ، سألني أوائل رمضان علي بن عالية أشيبُ من باب الجزيرة بما نصه بعد افتتاحه : جوابكم عن مسألة رجل قسم لِحماً على بيوت في نزلة ، فردَّت عليه امرأة لِحماً مما قسم عليهم وادَّعت أنه أعطها لِحماً أقلّ مما أعطى لغيرها . فحلف بالطلاق الثلاث أنه لم تبق بينه وبين أهل النزلة معاشرة فقشع بيته وتباعد عن النزلة المذكورة . وكان أبوه يرعى في كسبٍ له فجاء فسأل عن ولده فأخبروه ، فذهب إلى بيت ولده ووردها وبناها بإزاء النزلة . ثم قدم ولده الحالف فوجد والده ردَّ بيته للنزلة فخرج فاراً من النزلة هو وزوجته وخشي من الحنث . فهل عليه حنث في ذلك أم لا؟ والحالة أن الرجل الحالف خرج بزوجه إلى نزلة أخرى وتبعه والده وذلك منذ مدة شهرين ، والسلام .

ويُتصل به جواب نصّه : إذا كان الأمر كما ذكر فلا حنث على الحالف المذكور . والله تعالى أعلم . وكتبه أحمد بن محمد بن أحمد المسراتي . فأجبت بما نصّه : الحمد لله ، إذا تباعد الحالف في الفور عن النزلة تباعداً لا يُعدّ منها ولا يضاف إليها عادة ، ولما قدم ووجد بيته ردَّت للنزلة خرج منها هو وزوجته في الفور أيضاً ، فلا حنث عليه إلا أن يرجع إليها بأهله . لأنّ فورية التنحي تنافي المعاشرة . والله تعالى أعلم ، وبه التوفيق .

تذييل ، أعرف بحث الفورية في ثلاثة أيمان البرزلي ، وفي ثانية أيمان المنتخب لحلولو ، واعرف إيلاء حاشية الشيخ الطرابلسي في قولها : ومن قال لرجل : امرأتي طالق إن لم تهب لي ديناراً الخ ، وفي رابعة الأيمان والندور ، منها وإن حلف أن لا يساكن فلاناً فزاره فليست الزيارة سكنى ، وينظر إلى ما كانت يمينه عليه فإن كانت لما يدخل بين النساء والصبيان فهو أخف ، وإن أراد التنحي فهو أشد ، انتهى . اعرف كلام

الشيخ ابن ناجي عليها في الورقة 13 من أيمان كبيره وفي تاسعة أيمان صغيره، واعرف كلام الشيخ المغربي في الورقة 17 من أيمان كبيره .

الحمد لله، سألني محمد بن محمد بن برغوث في سابع رمضان المذكور عن مسألة رجل توفي وترك أملاكاً منها دويرة ومخزن، ومنها مواضع زيتونا، منها ما قيمته غالية ومنها ما قيمته وضيعة، ومنها أريصات بياضاً قيمتها وضيعة، وغبطة الورثة مختلفة. منهم من غبطته في الدويرة ومنهم من غبطته في [مواضع]⁽¹⁾ الزيتون التي قيمتها غالية. وأراد الورثة أن يقسموا الأملاك كلها الزيتون والأرض البيضاء والدار والمخزن قسمة واحدة، ويقرعوها بالقرعة على ذلك. فهل القسمة المذكورة في جميع الأملاك على الصفة المذكورة وحالها ما ذكر صحيحة ماضية أو هي غير صحيحة؟ والسلام.

الجواب بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فالقسمة في هذه النازلة لها شروط، الأول أن تكون في الجنس الواحد المتماثل، نقله الشيخ البرزلي ولم يذكر ما يخالفه ومثله في الشامل ومثله في وثائق الشيخ أبي عبد الله الفشتالي. فالقسمة المذكورة باطلة حيث جمعت الدار والمخزن ومواضع الزيتون [133 ب] وأراضي البيضاء، وهي أجناس غير متماثلة. الشرط الثاني استواء أفرادها في القيمة، درج عليه في المختصر وفي الشامل، وعزاه في الشرح لمالك في المدونة. والقيمة في النازلة مختلفة فتبطل القسمة بذلك. الشرط الثالث استواء أفرادها في الرغبة فيها، ذكره أيضاً في المختصر وفي الشامل، وعزاه في الشرح لمالك في المدونة، فشرط في المدونة تساوي الأفراد المقسومة في النفاق والرغبة والشاحح في الأفراد. والقسمة في النازلة هذه شروط صحتها بحيث إذا اختل شرط منها اختلت قطعاً، ولها شروط أخر أضربت عنها اكتفاء بما

(1) إضافة تقتضيها الجملة.

ذكر، بحيث إذا وقعتُ بفقد شرط من هذه الشروط فُسختُ عملاً بقاعدة الشروط وبقول مالك في المدونة، وبه الفتوى في المختصر لما قاله أشياخ المذهب. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل: قولي في القسمة في هذه النازلة لها شروط، قيدت الشروط بهذه النازلة لأن القسمة فيها قسمة قرعة حسبما صرح به في أواخر السؤال فهذه شروط قسمة القرعة حيث هي. وقولي: نقله الشيخ البرزلي ولم نذكر ما يخالفه، هو في أول قسمة حاويه في قسمة القرعة عن عياض مقتصرًا عليه ولم يتعقبه بحال كونه المذهب. وقولي: ومثله في الشامل وفي وثائق الشيخ الفشتالي، فالشامل في أول باب القسمة منه، والفشتالي في ثالثة عقود القسمة من وثائقه. وقولي: فالقسمة المذكورة باطلة حيث جمعت الدار والمخزن ومواضع الزيتون الخ. قال الشيخ اللخمي - رحمه الله تعالى - لا تُجمع الدار للحوانيت في القسمة، نقله الشيخ ابن عرفة عنه في رابع قسم مختصره، ونقله عنه أيضا الشيخ ابن ناجي في ثانية كبيره في قولها: وإن اختلفت مواضعها قُسمت كل دار على حدة الخ، واقتصرا على قول اللخمي فيها كأنه المذهب وما نقلنا ما يخالفه بحال.

وما عزوته للمختصر في الشرط الثاني والثالث نصّه: وجمع دور أو أقرحة ولو بوصف إن تساوت قيمة ورغبة وتقاربت كالميل، انتهى. فقد شرط - رحمه الله تعالى - استواء القيمة واستواء الرغبة وتقارب الأمكنة. والقيمة في النازلة مختلفة والرغبة كذلك حسبما هو مصرح به في السؤال. والأقرحة هي الفدادين أي الأرض البيضاء. إنما كان استواء القيمة شرطا لأنه علّقه بأن الشرطية وقد قال في خطبته: واعتبر من المفاهيم مفهوم الشرط فقط. قال الشيخ اللقاني: يعتبره لزوما. وشرط استواء الرغبة لأنه عطفه على الشرط والمعطوف على الشرط شرط، لأن

قاعدة المعاطيف اشتراكها في العامل . وعبارة الشامل في الشروط الثالثة مثله حيث قال : وجمعت دوراً وأقرحة ولو بوصف على الأصح إن استوت رغبة وقيمة وتقاربت كميلٍ وميلين ، إلى قوله فإن تفاوت الغرض منع ، انتهى . فالأقرحة هي الفدادين البياض والحوائط هي المشجرة .

وقولي : وعزاه في الشرح لمالك في المدونة ، أردتُ بالشرح شرح صاحب الشامل الوسط على المختصر لأنني منه نقلتُ العزوَ لمالك ، ذكر في قول المختصر الذي ذكرت . وقولي : والقسمة في النازلة هذه شروط صحتها ، قيدتُ هذه الشروط بقسمة النازلة لأنها قسمة قرعة ، فكلام المختصر والشامل والمدونة راجع إلى قسمة [134 أ] القرعة . قال الشيخ ابن عرفة - رحمه الله تعالى - : قسمة القرعة هي المقصودة بالذات ، وهي فعل ما يُعيّن حظ كل شريك مما بينهم . قولي : له شروط أخر أُضربتُ عنها الخ ، ضمير لها عائد على قسمة القرعة ، ومن الشروط الأخر تقاربها كالميل ونحوه ، ومن هذه الشروط في عبارة المختصر وفي عبارة الشامل : ومنها قربها أعني أفراد القرع المقسومة من المدينة التي تعمر فيها ، ومنها قرب بعض الأفراد من بعضها أيضاً . اعرف تصريح الشيخ ابن عرفة بذلك في خامسة قسمته عن ابن رشد متمماً له .

وقولي : بحيث إذا وقعتُ على فقد شرط من هذه الشروط فُسخت ، هذا لأن عدم الشرط يلزم منه عدم المشروط عملاً بقاعدة المشروط ، ولقول الشيخ البرزلي : لا خلاف في لزومها إذا وقعت على الوجه الصحيح ، فمفهومه إذا وقعتُ على غير الوجه الصحيح فلا خلاف في عدم لزومها . وهذه النازلة قسمتُها مختلة الشروط قطعاً فهي على غير الوجه الصحيح فيتفق على عدم لزومها عملاً بمفهوم كلام الشيخ البرزلي . وهذه النازلة مرّت في سادس رجب من العام وتركه صاحبه فلم يرفعه واكتفى بالسابق ثم رغب في هذا وكتب له في سؤال : وإنما أعدت له

هذا البيان المنقول في فساد القسمة لأن مفتيي العصر بتونس الفقيه قشور والحاج النفاتي لما أن وقفا على الأول استغرابه ونفيا أن يكون له سند شرعي، ثم قالوا نفتح هذا الباب على الناس ونكتمه بيننا.

قلت: لمن نقل لي: يتوصلون إلى فسادكم بأن يجعلوها قسمة مراضاة لا تعتبر هذه الشروط.

الحمد لله، سألني المرابط محمد ابن المرابط إسماعيل الزرمديني في يوم الأحد ثالث عشر رمضان المذكور عن مسألة رجل قتل أخاه لأبيه بقتابة⁽¹⁾ في أرض بلد جمال غابة خالية لا عمارة فيها في حال خفية. وسبب غدّره له وقتله أخاه لأجل فرس القتييل راكب عليها قطعته وأسقطه من أعلى الفرس ووقع صريعاً. فنزل الطاعن يريد أن يجهز عليه ففرت الخيل فأمسك واحدةً منهما وفرت الأخرى التي قتل بسببها، فحبسها ليمسكها ويتملكها فلم تُحبس له من أجل فرارها. فلما وصلت لبعض تحصنها فرّ القاتل المذكور عنها للأعراب وذلك أمر شهير عندهم. وأن القتييل لما وجد بالغابة صريعاً دمى على قاتله المذكور ومات في بقية يومه. والقتيل المذكور له أبوان وله أخ شقيق. ثم توفيت الأم بعد مدة، فهل يجوز للأب العفو عن القاتل أو لا يجوز ويقتل والحق لله تعالى فيه؟ وهل لشقيق القتييل حق من جهة الأم ويؤاخذ به القاتل عن بعض الأقوال أو لا حق له في ذلك؟ والحالة بينهما عداوة سابقة، جوابكم والسلام.

الجواب بعد افتتاحه، إذا كان الأمر كما ذكر وثبت ذلك كما يجب فالقاتل المذكور يُقتل. وقد نزلت مسألة في زمان الإمام مالك - رضي الله تعالى عنه - وهي أن رجلاً قتل أخاه فاختلف فيها العلماء - رضي الله

(1) كذا بالأصل، ولعلها من القتب: آلة فلاحية.

تعالى عنهم - وأفتى فيها الإمام مالك - رضي الله تعالى عنه - بأنه إن حمل كساه فهو قُتل غيلة، انتهى. فقتل القاتل المذكور في هذه النازلة على وجه الحدّ لا على وجه القودّ حق لله تعالى [134 ب] فلا يصحّ عفو الأب عن القاتل ولا يصحّ الصلح على استحياؤه سواء أخذ الفرس المذكورة التي كان القتل بسببها أو فعل القتل لأجلها خاصة، هكذا جزم به بعض الشيوخ. أما لو كان القتل لعداوة بين القاتل والمقتول لا لسبب الفرس المذكورة فهذا فيه القصاص ويصح فيه العفو. ولما كان الحق لله تعالى في قتل القاتل المذكور حدّاً لا قوداً علم أنه لا حق للشقيق ولا للأُم ولا للأب في استحياء القاتل المذكور. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل: حكم الغيلة في هذه النازلة مبني على أمرين، الأول كون القتل خفية فلو لم يكن خفية لم يكن غيلة، قاله الشيخ ابن عرفة في ترجمة الحرابة من مختصره، نقله عنه الشيخ أحمد زروق في قول الشيخ في أول باب الدماء والحدود: وقتل الغيلة لا عفو فيه. والثاني كون القتل المذكور لأخذ المال وهو في النازلة الفرس المذكورة أو كونه جعل القتل لأجلها يأتي من كلام القاضي عياض - رحمه الله تعالى - من نقل الشيخ المغربي عنه مسلماً له مقتضراً عليه. ووقع في مختصر الشيخ الجد - رحمه الله تعالى - ما نصه: الباجي عن ابن القاسم: الغيلة: قتل الرجل خفية لأخذ ماله. عياض: أخذ المال بعد قتل صاحبه غيلة لهلاكه لأخذ ماله وحكمه كالحرابة. الأبى: قتل الرجل خفية لأخذ ماله، انتهى من مختصر الجد. الشيخ المغربي - رحمه الله تعالى - في آخر ورقة من كتاب المحاربين من كبيره ما نصه: أصل الغيلة الضرر تقول: خفتُ غائلة فلان أي ضرره، والغيلة الاختداع وهو أن يقتل الإنسان ويخدع بالشيء حتى يصير في موضع خلي فيقتله. وهي على وجهين إما لئثرة

أو لأخذ مال، فإن كان لثائرة جاز فيه العفو وإن كان لأخذ مال لم يجز فيه العفو.

الشيخ: ونزلت مسألة في زمان الإمام مالك - رضي الله تعالى عنه - أن رجلاً قتل أخاه فاختلف فيها العلماء وأفتى الإمام مالك - رضي الله تعالى عنه - بأنه إن حمل كساء فهو قتل غيلة، انظر تمامها. انتهى من الشيخ المغربي وله في الورقة 15 من دياته ما نصه: ابن أبي زمين: الغيلة أن يقتله لأخذ ماله فهذا من الفساد في الأرض، فإن اغتاله لثائرة ففيه القصاص، والعفو جائز. ثم قال الشيخ المغربي في الورقة الخامسة عشرة المذكورة ما نصه: قوله ومن قتل وليه قتل غيلة فصالح فيه على الدية فذلك مردود. الشيخ: لأنه حق لله تعالى فلا يسقط بالصلح. وانظر لو حكم به حاكم لمضى لما قال في آخر كتاب المحاربين. عياض: معناه اغتاله لأخذ ماله ولو كان ذلك لثائرة بينهما ففيه القصاص، والعفو فيه جائز. قاله ابن أبي زمين: وهو صحيح جار على الأصول لأن هذا غير محارب وإنما يكون له حكم المحارب إذا أخذ المال أو فعل بعد ذلك لأجل المال. صحّ عن عياض. ابن يونس: قال ابن المواز: وإذا شهد على رجل أنه قتله غيلة لم يقسم مع شهادته، لا يقتل هاهنا إلا بشاهدين. قال أبو محمد: ورأيت يحيى بن عمر أنه يقسم معه، انتهى ما يمس منه.

قلت: فلأجل قول ابن المواز وقول يحيى بن عمر جعلتُ القتل في النازلة إما على مراعاة قول ابن المواز، فلقول السائل وذلك أمر شهير عندهم فهو يصير بالبينة لا بالقسامة، وإما على مراعاة قول يحيى بن عمر فلقول السائل دَمَى على قاتله المذكور ومات بقية يومه. [135 أ] واعرّف الحراية من المسائل التي تجوز فيها شهادة السماع في إثبات

الحفيد وفي الشامل . وأما فرع المستوفي للأم وهل للأم حق مع الأب؟
وتكلم على ذلك الشيخ البرزلي في الورقة 14 من مسائل الدماء منه وفي
الورقة 15 تليها موعبة . وفي رابعة الجراح من الشامل وفي شرح الشيخ
أحمد زروق - رحمه الله تعالى - في قول الشيخ : وإن عفا أحد البنين فلا
قتل ولمن بقي نصيبهم من الدية ، ولا عفو للبنات مع البنين . فذكر
هنالك أن الأب مقدم على الأم فلا تدخل النازلة تحت هذا الفرع
وأحكامه ، لأن قتل الغيلة هنا الحق فيه لله فلا يُنظر فيه بين من يستحق
الاستيفاء ومن لا يستحقه من أولياء القتيل ، فاعرف ذلك .

الحمد لله ، سألتني دافون علي الرايس وهو نسيب الرامل محمد
الشتوان - قاتله الله- في يوم الأحد ثالث عشر رمضان المذكور عن
مسألة رجل مرض ثم ادعى أن فلانا ضربه بيده على وجهه ودفعه من
أعلى الحمار ، ثم ضربه برجله فوقع له المرض من سبب ذلك . وادّعى
أن له بيّنة تشهد له بذلك . فهل يلزم المدعى عليه بقول المدعي المريض
شيء؟ لأن هذه تدمية بيضاء لا يُعمَل بها أو تلزم المدعى عليه؟ والسلام .

الجواب بعد افتتاحه : إذا كان الأمر كما ذكر فالتدمية الخلية عن
جرح غير مقبولة ولا تسمع على المشهور في مذهب الإمام مالك -
رضي الله تعالى عنه - وبه العمل ، وهو قول ابن كنانة واختاره الشيخ أبو
الحسن اللخمي ، والقاضي أبو الوليد بن رشد - رحمه الله تعالى - . والله
سبحانه و تعالى أعلم ، وبه التوفيق .

تذييله : التدمية البيضاء الخلية عن الجرح لغو ، قاله الشيخ ابن ناجي
في سابعة ديات كبيره قائلاً على قول ابن كنانة واختاره اللخمي وابن
رشد وبه العمل ، وزاد في الورقة 15 منه المشهور الذي به العمل أنها لا
يعمل عليها ، انتهى . وفي عاشر جراح الشامل ما نصه : وهل يقبل قول

المدّمي بغير جرح وهو ظاهرها، أو لا بد منه؟ قيل: وبه العمل، أو إن قام له شاهد لا بقوله؟ أقوال: وقال بمقتضى ظاهرها أصبغ وعيسى بن دينار، وهو دليل سماع يحيى، انتهى. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

الحمد لله، سألني عبد العزيز بن علي منعم في يوم الثلاثاء 15 رمضان المذكور عن سؤال وجواب. نص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم عن مسألة رجل استخلفه رجلٌ سجّانٌ ينوب عنه في غيبته في حلّ السجن وغلقه لمن يدخله أو يخرج منه بالإذن الشرعي في ذلك. فتاب عنه الرجل المذكور من غير إذن الحاكم الشرعي له في ذلك ولا تقديم ولا ثبوت نيابته بسجنه. والحالة أن النائب المذكور سفيه مولّى عليه ومع ذلك في عقله خبال من سبب جنون. وادعى رجل أنه أتى هو وعون من أعوان القاضي برجل له عليه حق مكّنه للنائب المذكور يسجنه بالحكم الشرعي وأدخله السجن بحضرة العون. فأنكر النائب [135 ب] المذكور ذلك الإنكار التام فشهد عليه العون المذكور بما ذكر. فهل تُقبل شهادة العون في ذلك وحده أم لا؟ وإذا قلتم بقبولها فهل على النائب المذكور إحضار الرجل الذي ادعى الرجل المدعي أنه مكّنه من النائب وأدخله السجن والحالة أنه سفيه مولّى عليه كما ذكر؟ وهل يلزم النائب أداء ما وجب عليه أو لا يلزمه من ذلك شيء؟ والسلام.

ونص الجواب بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر وثبت ما ذكر السائل في سؤاله فلا ضمان على النائب المذكور، لأن صاحب الحق سلطه على ذلك. والله تعالى أعلم. وكتبه أحمد بن محمد بن أحمد المسراتي: فكتبتُ تلوه ما نصّه: الحمد لله، ما وقع الجواب به أعلاه عن هذه النازلة صحيح وبمثله أجيب. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق. تذييله، علة هذا الحكم الذي وقع به الجواب كون النائب الذي قبل

المسجون سفيها مولى عليه، ومن كانت هذه صفته لا غرم عليه في ما سلطه عليه وعلى حفظه صاحبه، لأن التفريط جاء من قبل صاحب الحق المسلط. اعرف قاعدة ضمان المسلط وقاعدة توكيل المحجور في باب وكالة برنامج الشوارد، وقاعدة بائع الزجاج والفضار يرفع الآنية لمريد الشراء للتقليب، فلا يعترض بقاعدة الايصال ولا بقاعدة التضمين بالترك، والعلة الفارقة الولاء والسفه والتسليط من المالك. والله تعالى أعلم. وشهادة العون ضعيفة لأنه يشهد على فعل نفسه لأنه مع رب الحق آتياً بالرجل يسجن. هل العون هو المقصود بإتيانه عن إذن من يجب ورب الحق مصاحب فقط يشهد العون على فعل نفسه.

الحمد لله، سألني محمد مدين يوم الجمعة 18 رمضان المذكور عن نسخة وسؤال وجواب. نص النسخة بعد الافتتاح: هذه نسخة وثيقة بمحول تقييد وجوابه يتضمن التقييد أن التاجر محمد بن خيبوط الجربي استقبل مع محمد مدين في عشرين كرونة ذهباً قابله به الذمي بينخاس اليهودي المذكور ودفع له من العدد الذي تقابل معه عشر كرونات ولم تزل عشر كرونات من العدد المقابل بدفعه معه إلى الآن. مؤرخ ذلك بثالث رجب عام ستة وألف⁽¹⁾ [1006 هـ / 10 فيفري 1598م] وتضمن جواب محمد مدين القبال بالإنكار التام، وعن العشر كرونات التي قبض منه محمد بن خيبوط إنما هي من سلف قبضها منه مع مثلها على الوجه المذكور.

نص الوثيقة: الحمد لله يعرف شهوده محمد مدين ومحمد خيبوط المذكورين بمحوله والذمي بينخاس المذكور بمحوله معرفة صحيحة تامة ويشهدون بأنهم حضروا بينهم موطناً منذ ستة أشهر فارطة عن التاريخ وهم بحال صحة وطوع وجواز أمر، قابل في الموطن المذكور

(1) ورد بالأصل عام ستين وألف، وهو خطأ واضح من الناسخ.

بيخاس المذكور محمد خيوط يقبض عشرين كرونة من محمد مدين المذكور، ورضي بذلك محمد [136 أ] خيوط المذكور، والتزم محمد مدين المذكور بدفعها لمحمد خيوط المذكور من الوجه المذكور التزاماً صحيحاً لازماً لماله ودمته، عرف قدره. وانفصل الموطن المذكور بينهم على من حضر بينهم الموطن المذكور كيف ذكر في التاريخ المذكور. وما علم بذلك رافعٌ ولا ناسخٌ ولا براءة ذمة محمد مدين المذكور من العدد المذكور بوجه من الوجوه إلى الآن. قيد بذلك شهادته هنا بتاريخ أواخر رجب عام 1006 [هـ / أوائل مارس 1598 م] ويليهِ أسماء الشهود مودّي عليهم بالقلم الحكم. ويلي ذلك يكتب العمل، وبأسفله رسم العمل بالشهادة.

ونص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأملكم من الرسم المذكور أعلاه وأن شهادتهم بالمقابلة ما ذكروا فيها من أي وجه دين أو من وجه تسليف، ومحمد مدين الدافع قال: من وجه سلف، وقال: دفعت العشرين جميعاً لخيوط. وقال خيوط: إنما قبضت من جهة المقابلة، وقبضت عشراً وبقية عشر، ولا يبين هو ولا شهوده المقابلة من أي وجه. فهل يصحّ قوله وقول شهوده؟ أو يصحّ قول محمد مدين؟ والسلام.

ونص الجواب بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فالمقابلة المذكورة لا تلزم محمد مدين المذكور ولا يلزم دفع المال المذكور، لأنها إن كانت حوالة فيشترط فيها ثبوت دين على محمد مدين المذكور والمحال عليه وإقراره به على مذهب ابن القاسم، وذلك مفقود في النازلة حيث فقد الدين على محمد مدين المذكور فتتصرف للحمالة على مذهب المدونة. وحيث انصرفت للحمالة فيشترط فيها ثبوت الدين المتحمل به وهو الذي لمحمد خيوط على اليهودي المذكور. فإذا ثبت فحينئذ

يصحّ الضمان المذكور، إذ لا يصحّ الضمان إلاّ بدين لازم، قاله في الشامل وغيره. فإذا انتفت الحوالة والحمالة تعين أن يكون المدفوع من محمد مدين إنما هو محض معروف فله الرجوع به على قابضه. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق. وكتبه أحمد بن محمد المسراتي. فأجبتُ عن ذلك بما نصه: الحمد لله، ما وقع به الجواب أعلاه عن هذه النازلة صحيح وبمثله أجيب. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل: اشتراط ثبوت دين على محمد مدين في الحوالة لقول الرسالة: وإنما الحوالة على أصل دين. ومن المختصر: وثبوت دين لازم، ومذهب ابن القاسم عزاه له في أول حوالة الشامل قائلاً خلافا لابن الماجشون، وإنما انصرفت للحمالة على مذهب المدونة حيث فقد الدين على محمد مدين الحامل لقولها في أوائل حوالتها: وإن أحالك على من ليس له قبلكه دين فليست حوالة، وهي حمالة سبيلها سبيل ما وصفنا في الحمالة. وقول الشامل: لا يصح الضمان إلاّ بدين لازم، وقع في ثانية باب الضمان حيث قال: وشرط المضمون أن يمكن استيفاؤه من ضامنه وما يتضمنه. ثم قال: وأن يكون ديناً لازماً لا كتابة على المعروف. وفي الضمان من المختصر: بدين لازم آيل لا كتابة. فظهر اشتراط الدين في الحوالة وفي الحمالة معاً. فهذه خرجت النازلة عن باب الحوالة وعن باب الحمالة وهي الضمان، وذلك لفقد شرطها، فشرط الحوالة أن يكون على أصل دين وشرط الضمان أن يكون المضمون ديناً [136 ب] عن المضمون عنه لازماً لا كتابة على المعروف، وبه الفتوى.

وقاعدة الشروط أنه «إذا فقد الشرط فقد مشروطه» فإذا فُقدت الحوالة فُقد الضمان لفقد شرطهما خرجتُ جهة اليهودي عن الحوالة منه إذ لا دين له، وعن الحمالة عنه إذ لم يتقرر دين عليه فخرجتُ النازلة عن البابين معاً. وبقي في النازلة شهادة البيّنة على محمد مدين بالتزام دفع

المال لخيوط وهذا الالتزام لا حوالة ولا ضمان لفقد شرطهما كما ذكر، فلم يبق إلا صرفه للتسليف، والتسليف لم تشهد به البيعة ولا عيّنت جهة اليهودي أو جهة خيوط وإنما شهدت بالالتزام دفع مطلوبهم خارج عن حوالة وضمّان. والقاعدة في متكلم بلفظ مبهم مجمل يفسره ويرجع فيه إلى تفسيره، وهو قد فسّره بتسليف خيوط قابض الكرائن منه، فله أن يطلبه باقتضاء ما سلّفه، فلا يعارض هذا ما قاله ابن ناجي في قول حمالتها، والمعروف من أوجبّه على نفسه لزمه حيث قال ابن ناجي: إن كان بصيغة الماضي فلا أعلم في لزومه نصّ خلاف، وإن كان بلفظ المستقبل فهو عدّة. وقول المدونة: أوجه أي بلفظ الماضي لأننا نقول هذا التسليف الذي التزم به محمد مدين في النازلة بصيغة الماضي قد دفعه وسلّفه وهو الآن يطلب اقتضاء ما سلّف فاعرف ذلك.

وقد وقع في خاتمة مديان المدونة ما نصّه: ومن أمر رجلا يدفع إلى فلان ألف درهم - قال عني أو لم يقل ففعل ثم قال الأمر كانت لي ديناً على الأمور وأنكر الأمور وقال بل أسلفته إياها. فالقول قول الأمور، انتهى. وقد انتفت الحوالة والحمالة مما يحتمله لفظ المقابلة والالتزام، وبقي محمّل التسليف. فهذا نص المدونة أن القول قول الأمور في دعواه التسليف. ووجهه أن الأصل براءة الذمة لكن يعكّر على هذا التقرير ما وقع في أول الحوالة من البرزلي ونصّه: تقدم من الشروط المختلفة فيها الحوالة بغير لفظها وهذا يجري على الخلاف في الرخصة من شرطها لفظ يخصّها كالمساقاة أم لا، وعليه كلام الناس اليوم بقولهم: قابلته أو رمانى على طلب فلان ونحو ذلك من اللفظ. وقول العامة: إن كان قبض منه شيئاً فلا رجوع له وإلا رجوع طردي فلا يعوّل عليه، وإنما الحكم إن تقرّر معنى الحوالة فتجري على ما تقدّم أو يكون شبه الحمالة. والله تعالى أعلم، انتهى من البرزلي.

فهذا صريح في المقابلة عند العامة التي منها النازلة إذا لم يتقرر فيها معنى الحوالة على دين على الحامل تكون المقابلة حمالة، ويشهد لكلام البرزلي ما نقله عن المدونة: وإن أحالك على من ليس له قبله دين فليس حوالة وهي حمالة سبيلها سبيل ما وصفنا في الحمالة. وهذا المعنى هو المعتمد. ويجاب عن معاوضة مسألة خاتمة كتاب المديان، بأن مسألة كتاب المديان إنما عمل قول المأمور في التسليف لأن معنى الحمالة مفقود وهو الدين على المأمور. والله تعالى أعلم. فإن لم يظهر هذا الجواب فالتعارض بين كلام البرزلي وبين مسألة كتاب المديان [137 أ] منها قائم. وعلم ذلك إلى الله تعالى.

الحمد لله هذا بقية تذييل لم يوجد أوله:

...في هذا أحفظه في المذهب. ثم أردف بتزويج الرجل ابنة الرجل البكر وأجراها على مسألة المدونة: إذا زوج الأخ أخته في حجر أبيها، فاعرفه فيها.

قلت: الأخ في النازلة من وجد من جهته الزوج ولم يوجد من جهة النازلة وهو شرعي عاقد. فلهذا أخرجت النازلة عن القسم الثالث في كلام ابن رشد وهو عقد العاقد للغائب على السكوت عن وكالة الغائب وعن عدم وكالته، فوجه إخراجها عن هذا القسم عدم ولي البنت يعقد عليها. فاعرف ذلك واعرف الورقة 13 من الأول. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

الحمد لله، سألتني أحمد الغرياني العون لأهل قرية في صبح يوم الخميس 21 شعبان عام 1007 [هـ / 19 مارس 1599 م] عن نسخة وثيقة بسبب يتيمة تم عقد نكاحها، ثم سؤال وأجوبة.

نص وثيقة السبب: يعرف شهوده عليا بن أحمد عرف الحدّاد القربي معرفة صحيحة تامة ويشهدون بوفاته، وخلّف ابنته فائزة البكر البالغ الآن في سنّها على حالتها البكارة والإهمال عن الوصي والمقدم. ما علم شهوده أنها انعقد عليها نكاح قط لا في حياة والدها المذكور ولا بعد وفاته ولا ادّعى أحد عليها النكاح ولا ادعتّه هي على أحد ولا هي لنظر أحد من الناس لا بإيضاء ولا بتقديم. وسمع شهوده أن محمد بن سليمان الجربي خطبها للتزويج من نفسه وسمّى لها صداقا نقده مائة دينار نواصر وعشرون دينارا وسفساري حرير ورطل لاكّا ومقطع كتان مقصور، ومهره إثنا عشر دينارا نواصر ووليمة على سبيل العادة ومطر زيتا وقفيز قمحا ورأسا واحدا من البقر، والجميع بذمته لها بالحلول.

قال شهوده: والخاطب المذكور كُفء والصدّاق المسمّى صدّاق مثلها على مثله وتزوَّجها منه بذلك سداد وصلاح في حقها. وأحقّ الناس بعقد نكاحها أخوها للأب أحمد. وقيدوا بذلك شهادتهم هنا أوائل ربيع الثاني عام 1007 [هـ / أوائل نوفمبر 1598 م] فلان وفلان وفلان وفلان مؤدّي على شهادتهم بقلم نائب وطنهم. وتحت ذلك بقلمه: الحمد لله تزوّج منه إن رضيت ويشورها ويعقد نكاحها بنقدها المذكور أخوها أحمد المذكور.

وتحت ذلك عقد نكاحهما نصه: الحمد لله، تزوج على بركة الله وحسن عونه محمد المذكور أعلاه مخطوبته فائزة المذكورة معه فيه بالصدّاق المسمّى لها أعلاه نقده ومهره ووليمته والجميع تحمّل لها به والد الزوج المذكور حملا لا حمالة لازما لماله وذمته بولاية أخيها أحمد المذكور. وهي بكر بالغ يتيمة مهملة حسبما شهد [137 ب] به أعلاه. صحيحة العقل والبدن حلّ للنكاح واستؤمّرت بالاستثمار الشرعي فرضيت كما يرضى أمثالها، وسرّحها للتزويج من يجب بخطه المرتمس

أعلاه، فقبل الزوج المذكور هذا النكاح قبولا تاما. شهد على إشهادهم بذلك في الحال الجائزة، ممن عدى الزوجة ومنها في ذلك بتاريخ أوائل ربيع الآخر عام 1007 [هـ / أوائل نوفمبر 1598م] بمعرفة الزوج والولي وبتقرر التعريف بالزوجة فلان وفلان من شهود نابل على شهادتهما بخط نائب تونس وهو سالم الكمّال.

ونص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأملكم من الرسم المذكور بمحوّله، هل هو صحيح ومعمول به أو هو فاسد ولا يعمل به؟ والحالة أن الزوجة أنكرت العقد المذكور، هل يلزمها النكاح ولا يفيدها إنكارها أم لا؟ والسلام.

ونص الجواب بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر وثبت الصداق المذكور كما يجب فالنكاح صحيح ولا يُقبل من الزوجة إنكارها ولا يفيدها ولا يعوّل عليه ويلزمها أن تُمكن نفسها من الزوج إذا دفع صداقها المذكور. والله تعالى أعلم. وكتبه أحمد بن محمد المسراتي. وتحتة تصحيح الفقيه محمد قشور، ثم تصحيح الحاج سالم النفاتي. فكتبتُ بطرة الأول ما نصه: الحمد لله، صفة الاستئثار الشرعي أن يقول لها الشهود أو أحدهم مرة إن فلانا خطبك على كذا معجلا وكذا مؤجلا ووليك فلان يعقد النكاح فإن رضيت فاصمتي وصماتك رضى، وإن كرهت فانطقي. فإذا صممت ولم تُعرف ببلّك ولا غباوة رضيت وصحّ النكاح ولزمها، بناءً على تقييد الشيخ الصائغ وعليه درج في الشامل. ثم إذا صممت أوّلاً ثم أنكرت ثانياً فإن ذلك لا ينفعها ولزمها النكاح. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييله: صفة الاستئثار الذي في رابعة نكاح التوضيح عن الوثائق المجموعة أن يقول لها الشهود أو أحدهم: إن فلانا خطبك على كذا معجلا وكذا مؤجلا، فإن رضيت فاصمتي وصماتك رضى، وإن كرهت

فانطقي، انتهى. وزاد الشيخ البرزلي في الورقة 24 من نكاحه - على القنارعي - والتزم من الشروط كذا، ويعقد النكاح عليك وليك فلان فإن رضيت الخ. البرزلي: وقد يستغنى عن ذكر الشروط إذ هي من تبرع الزوج ولو شرطت لم يجز النكاح، انتهى.

الشيخ ابن الحاجب: فإن قالت ما علمت أن الصمت إذن، لم يقبل على الأصح. التوضيح: لأنه مشهور، ولعل مقابل الأصح مبني على وجوب إعلامها وإلا فلو كان استئذناها مستحباً فلا خلاف، لما صح أن تُعذر بالجهل. واختار عبد الحميد الصائغ أن يُنظر إلى هذه الصببة فإن عُلِمَ منها البَلَّةُ وقلة المعرفة قُبِلَ منها، ثم ذكر في التوضيح أن هذه من النظائر التي لا يعذر فيها بالجهل وسردها واحدة واحدة.

قلت: ووقع في سادسة النكاح الأول من كبير الشيخ المغربي حيث نقل عن الشيخ عبد الحميد الصائغ لفظ الغباوة مع البله فاعرفه. وإنما ذكرت في جوابي صفة الاستئثار الشرعي فرضيت كما يرضى أمثالها لأجل أن غالب شهود البرّ أنهم لا يعرفون صفة الاستئثار الشرعي فلذلك ذكرت لفظه ليعرف منه هل هو الذي ذكرناه أم لا؟ ولهذه العلة أيضاً لم أكتب بمجرد العطف على ما كتب الفقيه [138 أ] المسراتي كما عطف تاليها لأنه كتب لفظاً مجملاً وهو قوله: إذا ثبت الصداق المذكور كما يجب، والثبوت كما يجب مبهم لا يعرف معناه نائب موضعهم ولا شهوده لغلبة الجهل عليهم. فلا يزالون في حيرة الثبوت كما يجب ما معناه؟ فلماذا بينت صفة الاستئثار الشرعية، ثم بنيت على وقوعها وصحتها صحة النكاح ولزومه إياها فاعرف ذلك.

وقولي: وعليه درج في الشامل، ضمير عليه عائد على تقييد الشيخ عبد الحميد الصائغ، ونص الشامل وقع في ثلاثة نكاحه، ولفظه: ولا تُعذر بجهلها أن الصمت رضيت إلا أن تُعرف ببله وعدم معرفة، انتهى.

وفي ثمانية النكاح الأول من صغير الشيخ ابن ناجي ما نصه : قوله وإذا قال للبكر وليها إني مُزوّجك من فلان فسكتتُ فذلك منها رضَى ، قال غيره : إذا كانت تعلم أن السكوت رضَى ، ظاهر قوله إذا كانت تعلم أنه شرط ، ورآه أكثر الشيوخ أنه على الاستحباب . واختلف في قول الغير فقيل وفاق قاله حمّديس وذكر أن ابن القاسم كان يقوله وقيل خلاف ، قاله سحنون وابن حارث وكلاهما حكاه ابن زرقون واختلف رأي أبي عمران فقال مرّة بالأول ومرّة بالثاني ومرّة بالوقف ، حكى المتطي عنه الثلاثة ، انتهى . وللشيخ البرزلي في الورقة 23 من نكاحه ما نصه : قال في المدونة فإن سكتت فذلك منها رضَى قال غيره : إذا كانت تعلم أن السكوت رضَى . وفي كونها وفاقاً أو خلافاً أو الوقف ثلاثة أقوال . وكذا في استحباب إعلامها أنه رضَى ووجوبه ، قولان حكاهما الباجي وعياض وغيرهما يكفي ذلك مرة . وعن ابن شعبان : يُقال لها : إن رضيت فاصمتي وإن كرهت فانطقي ثلاث مرات . وفي النوادر عن ابن الماجشون يستحب أن يطيل المكث عندها قليلاً . وروى محمد أن إنكارها لا يكون إلا بالقول . وتقدمت مسألة ما إذا ظهر منها غيره فإن صمتت أولاً ثم أنكرتُ ثانياً فإنه لا ينفعها ، نقله في أصل المدونة ، انتهى من البرزلي .

قلت : قوله إذا ظهر منها غيره بإفراد الضمير الأوّل تشبيته أي إذا بدا منها غير السكوت والنطق ، وذلك الغير هو الضحك والبكاء أو عبست أو غضبت أو نفرت أو قامت ، وكلّ هذه الأمور قد تقدّم كلامه عليها قبل الكلام الذي حكيتُه عنه . لكن الظاهر أن الضمير المفرد يعود على القول في قوله وروى محمد أن إنكارها لا يكون إلا بالقول ، وغير القول صادق على الضحك والبكاء أو التعبّيس أو التغضيب أو النفور أو القيام ، وهذه كلها أفعال وهو غير القول فتأمله . وقدم الشيخ البرزلي عن أحكام ابن الحاج في بكرٍ يتيمةً زوّجها عمّها بصدّق معجل ومؤجل

فلما أراد الزوج الدخول نفرت أتمّ نفار وزعمت أنها أجبرت على النكاح ولم تكن رضية بذلك الزوج، وذكر النساء أنها كانت في حال الاستئذان باكية كئيبة ولم تُعلم بالرضى ولا نطقت به، ولو خَلَّى الزوج سبيلها حين وقعت الكراهية والنفرة لكان حسناً، ولا يجبر على ذلك، انتهى. وهذا الجواب: ذيل البرزلي والنفرة والقيام والبكاء والتعبيس والتغضيب والضحك ثم اتبعها بكلام القنازعي ثم بكلام المدونة ومباحثه وذلك كله قد مرّ.

[138 ب] الحمد لله، سألني مراد الضاش خشن البرزلي في يوم الجمعة الثاني والعشرين من شعبان عام 1007 [هـ / 20 مارس 1599م] عن مسألة رجل توفي في بلد وعنده أخ شقيق وأم في بلد آخر ولم يكن له عاصب من النسب غيره وله أيضا مولى النعمة الذي اعتقه لأنه معتق - بفتح التاء - . فقام آخر وأثبت وثيقة عند القاضي بتونس أنه أخوه شقيقه . وثبت عند القاضي المذكور في الوثيقة المشار إليها أن الأم أيضا أمه، وأراد إرثهما في الميت المذكور . فقام بعض الناس وبعض الولاة في البلد الذي مات به المذكور واحتج بأن الذي أعتقه هو أحق بإرثه من أخيه المذكور، والحال أنه ليس للميت ولد ولا أخ غير الأخ والأم المذكورين . فهل لا يرثه غير أخيه وأمه المذكورين؟ وأن مولاه المذكور لا حق له في إرثه بوجه من الوجوه مع وجود شقيقه وأمه المذكورين أم لا؟ والسلام.

الجواب بعد افتتاحه : إذا كان الأمر كما ذكر فقد ظهر من احتجاج المحتج أنه إنما طلب أحقية المعتق بالإرث دون الأخ فهذا تسليم منه لإرث الأم . وحينئذ إذا لم يكن للميت ولد ولا أخ غير الأخ المذكور فلاّمه ثلث متروكه ويبقى ثلثان فيختص بهما أخوه المذكور ولا ميراث لمعتقه في مخلفه لأن حكم الولاة أنه كالعصوبة عند عدمها، ولم أر

الآن في شيء من المصنفات ما يخالف ذلك . والله تعالى أعلم ، وبه التوفيق .

تذييله ، في ثانية ولاء مختصر الشيخ ابن عرفة - رحمه الله تعالى - ما نصه : وحكم الولاية كالعصبة عند عدمها فيها مع غيرها ، اعتبار الولاية في ولاية النكاح والميراث والعقد . قال ابن الحاجب : يفيد عند عدمهما الميراث وولاية النكاح وحمل العقد ، انتهى من الشيخ ابن عرفة . والمسألة النازلة وقعت في آخر باب الولاية من الشامل ونصه : عاصب النسب أولاً ثم المعتق ثم عصبته كصلاة جنازة ومثله في ولاء المختصر ، وقرره بهرام في وسطه كذلك . وقال الشيخ ابن عرفة في خاتمة الولاية ما نصه : والميراث بعصوبة النسب مقدمة على عصوبة الولاية . ومسائل هذا الفصل في ابن الحاجب ذكرناها في اختصارنا فرائض الحوفي بوجه أتم فانظره . والله موفق للصواب ، انتهى .

وللشيخ ابن عرفة أيضاً في بحث العاقلة من ثامنة دياته ما نصه : الروايات واضحة في كتاب الولاية والنكاح فتأخر درجة المولى الأعلى عن العصبة . وفي سابعة جنائز كبير الشيخ ابن ناجي ما نصه : قال ابن عبدوس : ومن قول مالك وأصحابه الابن وابنه أولى من الأب في الصلاة على الجنازة ، والأب أولى من الأخ ، والأخ أولى من ابن الأخ ، وابن الأخ أولى من الجد ، والجد أولى من العم والعم أولى من ابن العم وابن العم أولى من مولى النعمة وكلهم أولى من الزوج ، انتهى ما يمس منه .

الحمد لله ، سألتني عمر بن عبد الله المكدي من سوسة في يوم الثلاثاء من شعبان عام 1007 [هـ / 24 مارس 1599م] عن مسألة رجل من أهل سوسة أوصى بأولاده أخاهم الأكبر إيصاء تاماً وكان الرجل الموصي

[139 أ] المذكور وضع مالا له عند رجل بالقيروان لأجل أمنها ببعدها عن بلاد الشطوط، ثم بعد موت الرجل الموصي المذكور حاز ولد الموصي المال من عند الرجل المؤمن وعمل مفاصلة أخذت بها زوجة أبيه المتوفى حقها من المال وبقي باقيه له ولإخوته المحاجير، فوضعه عند رجلين بالقيروان أيضا لأجل ما ذكر. ثم مرض الموصي المذكور فأوصى بأولاده قريبه عمر المكدي إيصاء تاما ونقل إليه ما بيده من الإيصاء على إخوته ومات. فأعطى هذا الوصي لزوجة الميت حقها من نصيب زوجها من المال المؤمن وأبقى بقيته لأولاد الميت ولإخوته. وماتت أنثى من الإخوة صغيرة وبقي من الإخوة ذكر وأنثيان ثم استوجبت أنثى التزويج فرشدت نفسها وأعطاه الوصي حقها من المال وأبرأت. ثم استوجبت الثانية التزويج فرشدت نفسها وأعطاه حقها، اشترى لها ببعضه ملكا وبعضه في أخراص ذهبا.

ثم وجد الموصي وبعض الرشداء الأمانة التي عند أحد الأمينين ضاع منها أربع عشرة كرونة فنقل ما عندهما ووضعه عند أمين آخر وهو سالم بن عاشور لأنه نسيهم وتحري أنه أمين وأنه بالقيروان أيضا ووضع عنده من الأمانة رسما بقدرها. وكان الوصي عمر المكدي يدفع لجدة الإخوة الحاضنة لهم نفقة وكسوة وضروريات بالعدالة. ثم طلب الذكر واسمه عطية الله حقه ورشد نفسه فأتى الوصي يدفع إليه حقه فوجد الأمين وهو سالم بن عاشور جحد نحو مائة كرونة وجحد الرسم الذي بقدر الأمانة. فقال عطية الله المذكور لعمر المكدي الموصي يلزمك غرم الكرائن التي جحد سالم بن عاشور. فقال له عمر المكدي المذكور: سالم بن عاشور⁽¹⁾ له تاجر وغلب على ظني أمانته واجتهدت ولم نعلم الغيب. وجدت عوائدهم في الموضع بترك الإشهاد كما فعل الوصي الأول. فلم يعذره عطية الله حتى أغرمه المال، وعمر المكدي

(1) بياض بمقدار كلمة بالأصل.

عامّي جاهل لم يعلم بقدر سالم بن عاشور قبل نقله المال إليه والمفاصلة .
كان عطية الله المذكور ومحمد ولد أخي الموصي الميت اختلساها من
عند وصيهما عمر المكدّي .

فهل يُحسب للوصي ما دفع من النفقة والكسوة والضروريات للجدّة
الحاضنة وهو بيده بالعدالة أم لا ؟ وهل يصدّق في ما بقي لأولاد
الوصي الميت من المال المؤمن أم لا ؟ وهل لعمر المكدّي الوصي
المذكور الرجوع على عطية الله المذكور بما أغرمه أم لا ؟ وهل يلزم
عطية لله ومحمد المذكورين وهما رشيدان اليمين على إنكارهما المفاصلة
المختلصة أم لا ؟ وهل يُقبل قول أولاد الوصي الأول على وصيهم عمر
المكدّي بأكثر من المال المؤمن من غير بينة عليه أم لا ؟ والسلام .

الجواب بعد افتتاحه : إذا كان الأمر كما ذكر فالجواب عن الفصل
الأول من فصول السؤال أنه إذا ثبت إسهاد الجدّة الحاضنة بقبض نفقة
المَحَاضِينَ المذكورين من الموصي المذكور بالعدالة فذلك عامل وللوصي
محاسبته بما في الإسهاد المذكور على المشهور من المذهب [139
ب .]

والجواب عن الفصل الثاني أن الوصي المذكور مصدّق في ما يعيّنهُ
من المال لأولاد الوصي الميت الذي أوصاه ، لأن قوله مقبول في عدد
المال ويحلف إن أثّم .

والجواب عن الفصل الثالث أن لعمر المكدّي الوصي المذكور الرجوع
على عطية الله بما أغرمه لوجهين : الأول أن نقله المال حيث ضاعت
الكرائن المذكورة عند المؤمن الأول واعتذاره بأنه اجتهد رأيه ولم يعلم
بغرر سالم بن عاشور قبل نقله إليه يرفع عنه الضمان في نقله إليه ، على
ما وقع في المدونة من مذهب ابن القاسم في رفع ضمانه بسبب عدم

علمه، وحمله في المدونة على غير التفريط فلم يضمنه. والوجه الثاني أنه إذا ارتفع عنه الضمان لظنه وعدم علمه المذكورين صار إغرامه غير لازم وله الرجوع فيه على عطية الله قابضه منه، عملاً بأصل ابن القاسم - رضي الله تعالى عنه - في المدونة أن من أدى ما لا يلزمه جاهلاً عدم اللزوم، فله الرجوع في ما ادّعى ويحلف على جهله بالحكم. وتكرّر ذلك في مواضع من المدونة.

والجواب عن الفصل الرابع أن اليمين متوجهة على عطية الله ومحمد إذا عدت البينة عليهما للحديث الشريف.

والجواب عن الفصل الخامس أن أولاد الوصي الأول لا يقبل قولهم على وصيهم عمر المكدي بأكثر مما أقرّ به إلا بيينة، فإن عدت بيينة علمه فلهم تحليفه وقد قدمت في صدر الجواب أن قوله مقبول في عدد المال ويحلف إن أثمهم والمال الضائع ساقط عنه ضمانه على ما مرّ. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييله، قولي: على المشهور من المذهب، أشرت به إلى قول وصاياها الأول: إن ولي النفقة على الأيتام غير الوصي ممن يخصهم من أمّ أو غيرها فلا يصدق في دفع النفقة إلى من يليهم إلا بيئته. ابن ناجي في سادسة الوصايا الأول من صغيره: ما ذكره هو المشهور وهي واقعة في سادسة الوصايا الأول من كبير الشيخ المغربي. واعرّف أواخر ربيع الأول عام 1003 [هـ / أواسط ديسمبر 1594م] والورقة 19 من وصايا مختصر الشيخ ابن عرفة موعبة، والورقة الموفاة 60 من نكاح البرزلي والورقة 39 من ترجمة المديان وتوابعه من البرزلي والورقة 48 من الخامس. ووقع في الورقة 12 من صناع كبير ابن ناجي في قالب الربع في قولها: وكذلك لو أنفق على ولد الغائب بغير أمر الإمام على

وجه السلف لا تبعة بذلك إذا حلف أن ذلك منه بمعنى السلف وكانت له على النفقة بينة. ما نصّه المغربي قوله: وكانت له على النفقة بينة، معناه إذا لم يكن في حضانته وأما إذا كان في حضانته فهو مصدق في النفقة، انتهى من ابن ناجي.

قلت: مسألة ما إذا كان الولد في حضانة المنفق وقعت قبل هذه القولة من صناعتها بقليل وهي قوله: ومن كفل يتيما فأنفق عليه ولليتم مال فله أن يرجع عليه بما أنفق في ذلك المال أشهد أو لم يشهد، وقال: إنما أنفقتُ عليه لأرجع في ماله. ابن ناجي في الورقة 11 من صناع كبيره المذكور يريد [140 أ] بقوله: وله مال أي عروض، ويريد عالما به لقوله بعدُ إلا أن يكون له مال عروض فيسلفه حتى يبيع عروضه. وإطلاقه المال في النكاح الثاني وفي كتاب الولاء حملة ابن رشد على الخلاف، وقال ابن يونس في مسألة النكاح يريد وهو عالم بالمال، فردّه إلى مسألة الصناع هذه فحملة على الوفاق، وبه أنا أقضي. وما ذكر أنه يُقبل قوله إذا قال: إنما أنفقتُ لأرجع هو المشهور. وروى محمد بن يحيى السبائي أنه لا رجوع له إلا أن يكون أشهد إنما أنفق ليرجع، وعلى الأول فيحلف أنه لم يقصد بنفقته الاحتساب ما لم يشهد أنه إنما أنفق ليرجع، وهي عندي غير تهمة. ووقعت في نفقة أم وحكمت بحلفها لأن يمين الأب فيه اختلاف في الفتوى ولا يخرج القول بعدم يمين الأم في الواقعة لأن اليتيم قصد الالتزام فيه ألزم.

ولهذا جرت العادة بإشهادها أنها إنما تنفق لترجع لتسقط عنها اليمين، انتهى من ابن ناجي. ووقع في رابعة الزكاة الثاني من المدونة في بحث صدقة الفطر ما نصه: ومن في حجره يтим بغير إيضاء أحدٍ وله بيده مال رفع أمره إلى الإمام لينظر له، فإن لم يرفع وأنفق منه عليه وزكّى عنه

الفطر وبلغ الصبي فهو مصدق في نفقة مثله في تلك السنين، ويقبل قوله إن قال: أدبتُ عنه صدقة الفطر، كانوا في حجره أو في حجر الأم. انظر قول ابن ناجي في آخر ورقة من الزكاة الثاني من كبيره ما نصه: هي من قول ابن القاسم، وإنما يصدق لأنهم في حجره أو حجر الأم يرجع إلى أقرب مذكور وهو صدقة الفطر لا إليها وإلى النفقة، بل إذا كان عند الأم أو غيرها فلا يقبل قوله إنه انفق عليه إلا بينة للنص والمعنى.

أما النص فلقولها في الوصايا الأول: وأن ولي النفقة غير الوصي ممن يحضنهم من أم أو غيرها فلا يصدق على دفع النفقة إلى من يليهم إلا بينة. وأما المعنى فلأن صدقة الفطر يستحقها غير معين فناسب قبول قوله في إعطائها بخلاف النفقة عليه. ثم قال ابن ناجي - رحمه الله تعالى - ففي النفقة ثلاثة أقوال: أحدها ما تقدم من قولها وهو المشهور، ثانيها قول أحمد بن نصر إن قوله مقبول في ما دفع من النفقة إذا أشبهت نفقة الأيتام، في حضانتهم كانوا أو عند حاضنتهم من غير بينة وعلى الحاضنة لهم أو عليهم أنفسهم البينة أنه لم ينفق عليهم. ثالثها اختيار اللخمي: إن كانت حاضنتهم فقيرة وعليهم أثر النعمة صدق الوصي للقرينة. وهذان القولان لا يتخرجان في مسألتنا لأن الوصي أخص من الكافل. والله تعالى أعلم، انتهى من ابن ناجي.

قلت، عدم تخريج القولين الذين في الوصي أن مسألة المدونة في الكافل والوصي أخص كما قال الشيخ، والقاعدة أن «ما لزم الأخص قد لا يلزم الأعم» قاله الشيخ الوانوغوي وغيره فاعرفه.

قولي: لأن قوله مقبول في رد المال ويحلف إن أنهم، هذا ما وقع في ترجمة وثيقة دفع النفقة إلى حاضنة اليتيم في الورقة 109 من الطرز

عما وقعت به [140 ب] الفتوى ونصه : قوله مقبول في عدد المال إذا لم يكن معلوماً ، كذلك نفقاته إذا كانوا في حضنه ، وعليه اليمين إن اتهم وادّعي عليه أكثر ممّا أقرّ به ، انتهى . ونقله الشيخ البرزلي في الورقة 32 من ترجمة المديان وتوابعه . قولي : الأول أن نقله المال حيث ضاعت منه الكرائن المذكورة عند المؤتمن الأول واعتذاره بأنه اجتهد رأيه ولم يعلم بغرر سالم بن عاشور قبل نقله إليه يرفع عنه الضمان في نقله إليه ، على ما وقع في المدونة من مذهب ابن القاسم في رفع ضمانه بسبب عدم علمه ، هذا لأن فعله في نقل المال لسالم ابن عاشور فعل بسبب اجتهاده لأجل تضييع المؤتمن قبله الأربع عشرة كرونة ، وظنه أمانة سالم بن عاشور المنقول إليه ولعدم علمه بغرره ، وقد نقل إليه عن اجتهاد . المراد بالكرائن الضائعة عند المرتهن الأول الأربع عشرة كرونة التي كان ضياعها عند المؤتمن الأول سبب في نقل الأمانة عنه ووضعها عند سالم بن عاشور .

ودليلي على عدم ضمان عمر المكدي الناقل لسالم بسبب اجتهاده وعدم علمه بما نشأ عن النقل في الضياع ثلاث مسائل من المدونة من قول ابن القاسم - رضي الله تعالى عنه - :

المسألة الأولى مسألة نكاحها الثاني ونصه : وإذا أنفق الوصي التركة على الطفل ثم طرأ دين على أبيه يغرقتها ولم يعلم به الوصي فلا شيء عليه ولا على الصبي وإن أيسر . وقال المخزومي : يتبع الصبي بما أنفق عليه ، انتهى .

المسألة الثانية مسألة أول الوصايا الأول منها وهي : من أوصى بعقبة نسمة تشتري فتعتق ولم يسم ثمنها . الشيخ المغربي في أول الوصايا من كبيره : النسمة عبارة عن نفس الآدمي ذكراً كان أو أنثى ، وهو هنا عبارة

عن عبد مطلق يُشترى للعتق . ثم قال في المدونة : أن الوصي إذا اشترى واعتق ثم لحق الميت دين يغترق جميع ماله ردَّ العبد رقاً، وإن لم يغترق الدين جميع ماله ردَّ العبد وأُعطيَ صاحب الدين دينه ثم عُنق من العبد مقدار ثلث ما بقي من مال الميت بعد قضاء الدين ولا يضمن الوصي إذا لم يعلم بالدين . قال الشيخ المغربي - رحمه الله تعالى - قوله ولا يضمن الوصي إذا لم يعلم بالدين . اللخمي : وقال في كتاب محمد : يمضي العتق ويلزم الوصي . والأول أحسن لأنه وكيل لغيره ولم يعتق عن نفسه ولم يكن عليه سوى ما صنع ، انتهى . ابن ناجي في صغيره ما نصه : قوله ولا يضمن الوصي إذا لم يعلم بالدين ، ما ذكره في الوصي هو المشهور . قال اللخمي : وفي كتاب محمد يمضي العتق ويغرم الوصي ، انتهى من ابن ناجي . وقد حكاه الشيخ ابن عرفة - رحمه الله تعالى - في تاسعة وصاياه . مسألة النسمة هذه عن وصايا الأول ، واستوفى كلام اللخمي واستوفى نقل الخلاف ، هل يُحمّل الوصي على التفريط أو على عدمه ؟ فاعرفه هنالك .

والمسألة الثالثة مسألة وصاياها الثاني في الوصية بالحج إذا استأجر الوصي عبداً أو صبيّاً ، قال فيها : ولا يجزي أن يحجّ عنه صبيّاً أو عبداً ومن فيه عقلت رقاً إذ لا حجّ عليهم ، ويضمن الدافع إليهم إلا أن يظنّ أن العبد حرّاً وقد اجتهد ولم يعلم فإنه لا يضمن . الشيخ المغربي في الورقة السادسة من الوصايا الثاني من كبيره يفهم منه⁽¹⁾ أن من أعطى زكاة ليصرفها فأعطى لصبي أو عبد كافر وهو [141 أ] لا يعلم أنه لا يضمن ، انتهى . وأردف بنظائر فيها الجهل بالحكم وعذره في المدونة ونظائر فيها الخطأ فلم يعذره في المدونة في كتبها ، فانظرها فيه فهي مفيدة . ووقع في أول ترجمة وثيقة إطلاق الوصي من قبل الأب في

(1) بياض بمقدار كلمتين بالأصل وإكماله بهامش الورقة نصه : علّه يفهم منه .

الورقة 111 من الطرر ما نصه: إذا أطلق الوصي اليتيم ثم باع ماله وأفسده وقامت البينة أنه لم يزل سفيهاً منذ عرفوه وقتهم هذا لزمته الولاية ورد فعله وعزل الوصي وجعل عليه غيره، ولم يضمن الوصي شيئاً مما أتلّفه لأنه فعل باجتهاده، انتهى.

ونقله الشيخ البرزلي ما نصه سئل ابن رشد - رحمه الله تعالى - عن أسند النظر في ثلثه لرجل فحصل الثلث وفرقه على معين وغيره كما ذكر في الوصية، وكان في التركة شقص من ربع مشترك فيه بعض الورثة وغيره، فاشتري الشريك الوارث ذلك الشقص وتوزع ثمنه الورثة والوصي ثم أطلع على غلط ووهم وقد بيع من الربع أكثر من نصيب الميت للولد، وثبت ذلك ووجب له الرجوع بالثمن في التركة إذا لم يجز سائر الإشتراك بيع الزائد فأخذ من كل وارث ما ينوبه وبقي ما يقابل الثلث من ذلك وقد فرق كما ذكر. فهل يرجع بذلك على الوصي أم لا؟ فأجاب: لا رجوع على الوصي بشيء مما ينوب الثلث من الحصة غير المبيعة التي زادت على نصيب الميت ويرجع المبتاع على من وجد من الموصي لهم المعينين، والمصيبة منه في من لم يجد منهم وفي ما فرق على المساكين، على مذهب ابن القاسم وروايته التي يعتقد صحته. البرزلي: ظاهر المدونة في كتاب النكاح الثاني إذا أنفق الوصي التركة على الأيتام ثم طرأ دين أنه لا ضمان عليه، وكذا في وصاياها الأول: إذا اشترى الوصي النسمة واعتقها ثم طرأ دين وقد فانت الرقبة، وفي كتاب ابن المواز خلافه. وفي وصاياها الثاني: إذا استأجر عبداً أو صبيّاً للحج بغير قصد لا ضمان عليه على مذهب ابن القاسم كذلك، وهي تجري على الخلاف في المجتهد يخطئ هل يعذر بخطئه؟ وكذا القاضي إذا أخطأ في الحكم في مال على المشهور بخلاف الدماء وقد تقدم ذلك، انتهى من البرزلي.

قلت: وقع له في الورقة 14 من نكاحه مسألة نكاحها الثاني وأجرى عليها مسألة من الطرر وهي تشوير اليتيمة بمال أبيها ثم تلفت الشورة ولا على اليتيمة شيء، وعلى قول المخزومي تتبع اليتيمة، في ما طرأ لها من مال. وعلى ما في كتاب محمد يغرّم الوصي والمقدم لأنه من خطئه. ويجري على المجتهد يخطئ هل يُعذر بخطئه أم لا؟ ثم أجرى على ذلك مسألة وقعت له ولصاحبه قاضي الجماعة وهي نظير مسألة جواب ابن رشد وفيها عتق فاعرفه.

قلت: إجراؤه المسائل على قاعدة «المجتهد يخطئ وأنه يُعذر بخطئه» يؤذن ببيعهم الأجزاء في ما يرد من النظائر فيدخل في إجراء المسائل النازلة في خطأ الوصي أن لا ضمان عليه. فمذهب ابن القاسم وبالإجراء على القاعدة وبما يأتي قريباً في كلام الشعباني في نقل الطرر عن الاستغناء فتأمله منصفاً.

قلت: خطأ الوصي في المسألة الأولى من مسائل المدونة هو في إنفاقه التركة، ووجه خطئه جهله بالدين الطارئ عليها، فلما لم يعلم بالدين الطارئ عذره ابن القاسم - رضي الله تعالى عنه - بعدم علمه حيث يقصد التغيرير [141 ب] وخطؤه في المسألة الثانية هو في شرائه نسمة وعتقه إياها هو في شرائه، ووجه خطئه الدين اللاحق على الميت الذي أوصى بالنسمة، لكن الوصي لم يعلم. فهذا الوجه وهو الأثر اللاحق ظهوره فعذره ابن القاسم بعدم علمه كالأولى. وخطؤه في المسألة الثالثة هو في استتجاره عبداً للحج عن الميت الذي أوصى بأن يحج عنه، ووجه خطئه ظهور كونه عبداً لكن الوصي ظن أن العبد حرّ وقد اجتهد ولم يعلم برقه فعذره ابن القاسم - رضي الله تعالى عنه - بظنه واجتهاده وعدم علمه. والنازلة، الوصي فيها ظن أمانة سالم بن عاشور

ولم يعلم بعَرَّره وقد اجتهد أنه أمين حيث نقل عن المؤتمن الذي قبله بسبب تضييعه، أعني المؤتمن الذي قبله، مع عدم قصد الوصي إلى التغيرير فائتمانه سالمًا ومرّ قول البرزلي بغير قصد، فتأمل ذلك .

ووقع في ترجمة اختيار الوصي لليتيم في الورقة 112 من الطرر ما نصه: في الاستغناء عن الشعباني: الوصي في مال البكر والسفيه والمعنسة وذات الزوج السفيةة على ثلاثة أحوال، وصي حمّل مال يتيمه على أمر ظاهر من السلامة فأصابه عطب فلا ضمان عليه، والثاني إذا حمّله على ما الأغلب عليه السلامة كما إذا باع من الملمي وأخره به فعطب فلا ضمان عليه. والثالث من حمّله على ما الأغلب عليه العطب والسلامة مرجوة فيه فعطب فهذا ضامن. وكذلك إن باع من مفلس أو مديان ولا يتجر له في موضع مخوف ولا يجوز برًا مخوفًا ولا بحرًا في هيجانه، فإن فعل ضمن. من الاستغناء، انتهى من الطرر ونقله البرزلي في الورقة 33 من ترجمة المديان وتوابعه. واعرّف مسألة أواخر استحقاقها في من أوصى بحجّ أو غيره ثم مات فبيعت تركته وأنفذت وصيته ثم استحققت رقبته، فإن كان معروفًا بالحرية لا يضمن الوصي ولا متولي الحج شتاء إلى آخر المسألة هنالك، وكلام الشيخ المغربي عليها في ثامنة استحقاق كبيره.

قولي: وحمله فيها على غير التفريط فلم يضمنه، وأشرت بهذا إلى ما وقع في الوصايا الثاني من حاشية الشيخ الوانوعي ونصه قوله: إلا أن يظن أن العبد حرّ وقد اجتهد ولم يعلم، فإنه لا يضمن. وقال غيره: لا يزول عنه الضمان بجهله في سماع ابن القاسم - رضي الله تعالى عنه - في الرجل يوصي بالرقبة أترى أن يشتري أبوه أو أخوه فيعتق عنه؟ قال: إن كان تطوعًا جاز ذلك وإن كان واجبًا فغيره أوجب. ابن رشد: لا

يُجْرِي عنه في الواجب ويضمن الوصي إن فعل، وإذا لم يعلم الوصي العتق الذي أوصى به هل هو تطوع أو واجب ولا ينبغي أن يعتق عنه أب أو أخ مخافة أن يكون العتق واجبا ولا يجزي، فإن فعل لم يضمن. وفي سماع أبي زيد، فإن قالوا اعتقوا عليّ رقبة ولم يسم من أي شيء؟ أهي على الواجبة حتى يعلم غير ذلك. قال: على غير الواجبة حتى يعلم بالواجب. ابن رشد: هذا كما قال الآن الأصل براءة الذمة. الوانوعي: وفي سماع أبي زيد أيضا في وصي اشترى رقبة فإذا هي نصرانية، إن كان من ظاهر أو شيء واجب ضمن لأنه فرط حين لم يسأل ولم يفحص. ابن رشد في موضع آخر: لا خلاف عندي أنه يضمن إذا تبين [142 أ] تفريطه، وإنما الخلاف إذا لم يتبين، فحمله في المدونة على غير التفريط فلم يضمنه وحمله في سماع أشهب على التفريط فضمنه، انتهى من الوانوعي.

قلت: قول ابن رشد: حمله في المدونة على غير التفريط فلم يضمنه، إليه أشرت بقولي وحمله الخ، فضمير فيها عائد على المدونة المعروفة عند أهل المذهب إذا أطلق ضمير الواحدة الموثقة كفيها وظاهرها. قلت: وإذا ارتفع ضمان الوصي في ائتمانه سالماً لظنه أمانته وقد أجتهد ولم يعلم غرره فمؤتمنه بمنزلته، والوصي لو قال: تلف المال الذي بيده لم يضمن لأنه أمين لقول أواسط وكالاتها: ولو زعم الوصي أنه تلف ما بيده لم يضمن لأنه أمين، انتهى.

ونقله الشيخ ابن عرفة في عاشرة وكالاته فيكون مؤتمنه بمنزلته. وقد قال في السؤال: عادتُهم عدم الأشهاد، وقال في ترجمة فسخ الوصي نكاح اليتيم من أوائل الطرر: كل أمين إذا ضيّع أمانته أو غرر بها أو تعدى فيها بوجه من الوجوه المخوفة عليها فهو ضامن لها. ونقلته في

الورقة 23 من السادس . واعرف أواخر رمضان عام 1004 [هـ / أواخر
ماي 1596 م] والوصي الثاني وهو عمر المكدي كالوصي الذي قبله في
ائتمانها غيرهما، إنما قصد بائتمان الخوف على المال المؤتمن من
غرر بقائه بموضع الشطوط كما قال في السؤال .

قولي : وتكرر، وذلك في مواضع من المدونة، من المواضع كتاب
الصلح قال فيه : والقاتل خطأ إذا صالح الأولياء على مال نجوماً عليه
فدفع إليهم نجماً ثم قال : ظننت أن الدية تلزمني فذلك له . وتوضع عنه
ويتبعون العاقلة ويردون له ما قبضوا منه إذا كان يجهل ذلك . ومنها قول
رهونها : ولا يجوز الرهن في دم الخطأ إن علم الراهن أن الدية على
العاقلة . ولو ظن أن ذلك يلزمه وحده لم يجز وله رد الرهن وكذلك
الكفالة فيه . ومنها قول شفعتها : ومن عوض من صدقته وقال ظننتُ
يلزمني في العوض إن كان قائماً . واعرف سادسة الوصايا الثاني من كبير
الشيخ المغربي، وفي رهن الشامل ما نصه : وردُّ رهن اشترط في بيع
فاسد ظن لزومه كمن أدّى ديناً يظنّه عليه ثم تبين سقوطه، وكمن جنى
خطأً فرهن ظاناً لزومه الدية له إن حلف، انتهى .

قلت : قوله إن حلف قيدٌ في المسائل الثلاث وفي كل ما قبل منه
دعوى الجهل من مدعيه ليرجع فيها التزم فلا بد من حلفه على جهله
الذي ادعى ولا يكون مثله ممن يجهل ذلك . واعرف السكر في أوائل
حجة عام 1002 [هـ / أواسط أوت 1594 م] .

قولي : والمال الضائع ساقطٌ عنه ضمانه على ما مرّ هذا جواب عن
سؤال يردُّ وهو أن يقال : قولك، القول قول الوصي في عدد المال
يقتضي بظاهره أن المراد بالمال أصله، وكيف يحلف على أصل المال
وهو لا يعطي إلا ما بقي منه عند سالم بن عاشور بعد ضياع ما ضاع؟

فأجبتُ عن الإيراد بأن المال الضائع ساقط عنه ضمانه وعلى ما مر معناه في جواب الفصل الثالث من الوجوه المذكورة هنالك وهي ظنّه أمانة سالم عدم علمه بغرر [142 ب] من اجتهد نقله عن المؤتمن الذي قبل سالم لتضييعه الأربعة عشر كرونة، وإذا سقط عنه ضمانه كيف يحلف على أصل المال؟ بل إنما يحلف على ما بقي منه، وعلى أن قد ضاع منه عند المؤتمن كذا من غير تفريط منه ولا قصد مني إلى التفريط أو التغرير. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

وأقول الآن: لو اختصرت الجواب بلفظ آخر ويكون الدليل المذكور تذييلاً عليه كان أنسب. ونصه بعد افتتاحه: إشهاد الجدة للوصي بمدفوعه لها من نفقة محاضيتها عامل ويحاسب به المحاجير على المشهور، ويصدق عمر المكدي الوصي في ما بقي لأولاد الوصي الميت، لأن قوله مقبول في عدد المال على ما مر. وقعت به الفتوى ويحلف إن اتهم. وأما نقله المال إلى أمانة سالم ابن عاشور لضياح ما ضاع منه عند المؤتمن الأول، وبظنّه أمانة سالم ولم يعلم بغرره وقد اجتهد، فهذه وجوه ترفع ضمانه في ما ضاع عند سالم. وقد وقع في المدونة نفي ضمان الوصي إذا وقع العطب عن طينه وقد اجتهد ولم يعلم بموجب العطب.

قال الشيخ البرزلي: عدم ضمانه لعدم قصده هو مذهب ابن القاسم - رضي الله تعالى عنه - وإذا ارتفع ضمانه في النازلة لما مرّ فله الرجوع على عطية الله بما أغرمه لأن غرّمه غير لازم له على مذهب ابن القاسم في المدونة، فهو التزام لما لا يلزم جاهلاً بعدم اللزوم، واليمين متوجهة على عطية الله ومحمد إذا عدت بينة عليهما بالاختلاس، ولا يقبل قول أولاد الوصي الميت على وصيهم عمر المكدي بأكثر مما أقرّ به إلا

بينة فإن عدمت بينة عليه فلهم تحليفه كما مرّ في صدر الجواب . والله تعالى أعلم، وبه التوفيق .

الحمد لله ، سألني علي بن علي بو حوال قال : أنا⁽¹⁾ سالم أبو ذراع وهو زوج المرأة التي سلمت لأخيها وذلك يوم الأربعاء 27 شعبان عام [1007 هـ / 25 مارس 1599 م] عن سؤال وجواب . نص السؤال بعد افتتاحه : جوابكم عن مسألة امرأة تملك سانية فقط وليس لها مال قليل ولا كثير عدا السانية ، ولها أخ فسلمت له السانية المذكورة بثمن معيّن واعترفت بقبض الثمن ، وفي الحقيقة لم تقبض شيئاً من الثمن والمُسَلَّم له⁽²⁾ مقر بذلك معرف به وزوجها لم يحضر ولم يوافق . فهل له التكلم في ذلك لأنه مُحَجَّر عليها ما زاد على الثلث وهذه سلمت جميع مالها؟ أو ليس لزوجها التكلم في ذلك؟ والسلام .

الجواب بعد افتتاحه : إذا كان الأمر كما ذكر ، ولم يكن للزوجة المذكورة مال ولا ربع عدا السانية وثبت عروّ التسليم عن قبض الثمن ، فقد تمحّض التسليم لمجرد العطية وهي من التبرعات والزوجة ممنوعة من التبرع لما جاوز ثلثها ، فإذا وقع منها عطية جاوزت ثلثها فلزوجها ردّ جميع ذلك ، وهو مذهب ابن القاسم في المدونة ، وحينئذ للزوج ردّ التسليم المذكور وبخروجه عن المعاوضة المالية ولحوقه بالتبرعات حيث ثبت عروّهُ عن قبض الثمن . والله تعالى أعلم ، وبه التوفيق . وكتبه أحمد بن محمد بن أحمد المسراتي .

فكتبت تلوه : الحمد لله ، التسليم المذكور خرج عن باب المعاوضة إلى باب [143 أ] التبرع ، والزوجة إذا زاد تبرّعها على ثلثها فللزوج أن يردّ جميع تبرّعها الثلث مع ما زاد عليه . قال الشيخ المتيطي في كتاب

(1) كذا بالأصل ، والظاهر أن كلمة سقطت من الجملة .

(2) بياض بمقدار كلمة بالأصل .

النهاية: على المشهور، وعزاه الشيخ بهرام في شاملة للأصح. وإقرار الأخ بخلو تسليمها عن عوض كذب به بيته في التسليم وسقط تمسكه به. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييله، كلام الشيخ المتيطي وقع في باب الشروط في النكاح في فصل شرط قضائها في مالها من النكاح، وكلام الشيخ بهرام وقع في حجر شامله. واعرّف نظيرتها مرّت في الورقة 103 من الجزء الأول. وفي أوائل النكاح الثاني من المدونة ما نصّه: وإن وهبت مهرها لأجنبي قبل قبضه وهي جائزة الأمر فإن حمّله الثلث جاز وإن جاوزه بطل جميعه، إلا أن يجيزه الزوج. ابن ناجي في رابعة النكاح الثاني من صغيره ما نصّه: قوله وإن وهبت مهرها الخ، ما ذكره من الجواز إذا حمّله الثلث لا اعرّف فيه خلافا، وظاهره وإن قصدت الضرر وهو كذلك على خلاف وما ذكره أنه إذا جاوز الثلث بطل الجميع هو المشهور. وقال المغيرة في حمالة المدونة: يجوز الثلث كالوصية إذا زاد الموصي على الثلث، ويريد ببطلان الجميع إذا جاوز الثلث إذا كانت الزيادة كثيرة، وأما إن كانت يسيرة كالدينار ونحوه فإنه يمضي على المشهور وهو نص حمالتها وقيل على ظاهرها. ويريد بقوله بطل الجميع إن أبطله الزوج وإلا فهو محمول على الإمضاء، وقيل محمول على الرد حتى يجيزه. انتهى من ابن ناجي.

الحمد لله، سألني محمد زينة بن قاسم زينة من القيروان في يوم الخميس ثامن عشرين من شعبان عام 1007 [هـ / 26 مارس 1599 م] عن مضمون إشهاد للشاهدين نقل من جلده الصداق ونسخة إيداع.

نص مضمون الإشهاد بعد افتتاحه: أشهد الزوج المذكور أنه التزم لزوجته المذكورة أن لا ينقلها عن سكنى مدينة القيروان لبلدٍ سواها إلا

بإذن والدتها وإذنها ورضاهما معا بذلك . ومتى عزم عن النقلة بها من القيروان المذكورة إلى غيرها فقد صدقهما معاً في دعوى لحوق المضرة للعضوة المذكورة بذلك من غير تكليف بينة على ذلك مسقطاً في ذلك الإيداع والإيداع فيه تلاها أو تسلسل وذلك كله بمحضر والد الزوج المذكور وموافقته على ذلك الموافقة التامة بشهادة المرابط عبد اللطيف الغرياني والمرابط جمال لدين بن خلف وأحمد عبّ.

ونص الإيداع بعد افتتاحه : ذكر لشهيديه محمد ابن القارئ محمد بن زينة أن عمته لطيفة شقيقة والده المذكور زوجته ابنتها محجورتها كافية بنت قاسم من القبيل ، واتصل به أنها تريد أن تشتري عليه ليلة الملاك السكنى بالقيروان بها وأن والده المذكور بتونس استقراره بأهله ، عمته كافية وهي أم الزوج . وبعد ذكره لذلك أشهد شهيديه بشهادة إيداع أنه مهما طوعها في ذلك والتزم لها فإنه إنما يفعل ذلك ليطيب [143 ب] قلبها ظاهراً لا باطناً بحيث إنه غير ملتزم به ولا بداخل تحت حكمه وأنه مهما أسقط في ذلك الإيداع والإيداع فيه مهما كان فهو مودع في ذلك أيضاً . استودع شهيديه هذه الشهادة واسترعاهما إياها لوقت الحاجة إليها ، وهو على إسهاده بذلك بمحضر أبيه المذكور وإشارته بذلك وعرف ذاته وبمعرفة أبيه عشية يوم الأحد سابع عشر من صفر الخير عام 1005 [هـ / 9 أكتوبر 1596 م] .

ونص السؤال بعد افتتاحه : جوابكم بعد تأملكم من النسختين أعلاه وأن محمداً الزوج المذكور أعلاه أراد أن ينقل زوجته كافية المحجورة من مدينة القيروان إلى مدينة تونس فامتنعت أمها الحاجرة من ذلك وتمسكت بالالتزام المذكور أعلاه الذي التزم لهما به الزوج فأظهر لهم الإيداع المذكور أعلاه ، فقالوا له إنك التزمت أنك لا تنقلها إلا بإذن أمها وإذنها ورضى أمها ورضاهما وصدقتم أمها وصدقتم في دعواهما

لحقوق المضرة والمعرة للزوجة بذلك من غير تكليف بينة وإيداعك إنما فيه مهما طاعت الأم، وأما التزامك للبننت فإنه لا يدخل عليه إيداعك المذكور.

فهل تنهض حجة الزوج المودع بإيداعه المذكور وينقل به البننت المذكورة أو تنهض حجة البننت بالالتزام وليس للزوج نقلها؟ والسلام. فأجبتُ عنه بما نصه بعد افتتاحه: تصفحتُ ما بأعلاه من نسختين وسؤال وإذا كان الأمر كما ذكر فحجة البننت بالالتزام المصدر بنسخته أعلاه هي الناهضة دون حجة الزوج بإيداعه وليس للزوج نقلها لوجهين: أحدهما أن لفظ الزوج في رسم الإيداع أن الأم تريد أن تشتري عليهما سكنى القيروان وأنه مهما طوعها في ذلك أي في اشتراطها والتزم لها إلى آخره، والذي التزم به ليس هو مجرد مطاوعته إياها على الاشتراط المذكور والتزامه به وإنما هو تصديقه لها ولا بننتها في دعواهما لحقوق المضرة والمعرة للزوجة بالنقلة وليس في رسم الإيداع لفظ يؤذن بأنه أودع في تصديقهما دعواهما لحقوق المضرة والمعرة بالنقلة أصلاً. فظهر حيثئذ أن المعنى الذي أودع فيه وهو اشتراط السكنى والتزامه به غير المعنى الذي التزم به في الرسم المصدر به وهو تصديقهما في دعواهما لحقوق ما ذكر فقد خلا ما التزم به عن الإيداع محله.

وثانيهما أن الالتزام المصدر بنسخته في عدم النقلة تعلق بحقّين حقّ للأم وحق للبننت، والدليل على تعلقه لهما معاً ما صرح به في التزامه المذكور وهو تعليقه التزامه على إذن والدتها ورضى والدتها ورضاها وتصديق والدتها وتصديقها في حقوق المضرة والمعرة للزوجة بالنقلة. ألا تراه كيف التزم هذه المعاني وهي الإذن والرضى والتصديق مضافة إلى البننت وإلى أمها والإيداع إنما تعلق بمطاوعة الأم بالتزامه لها وبقي

الالتزام للبت وهي الزوجة خليا عن تناول الإيداع إياها فلها الأخذ على ما التزم لها به من التصديق في دعواها لحوق المضرة والمعرة لعدم الإيداع فيه . وهناك وجه آخر يقتضي بطلان الإيداع أيضا في هذه النازلة [144 أ] كالوجهين المذكورين لكن أضربتُ عنه خوف الإطالة واكتفاءً بالوجهين المذكورين وكل واحد منهما على انفراد يكفي في بطلانه فأحرى مجموعهما . والله تعالى أعلم ، وبه التوفيق .

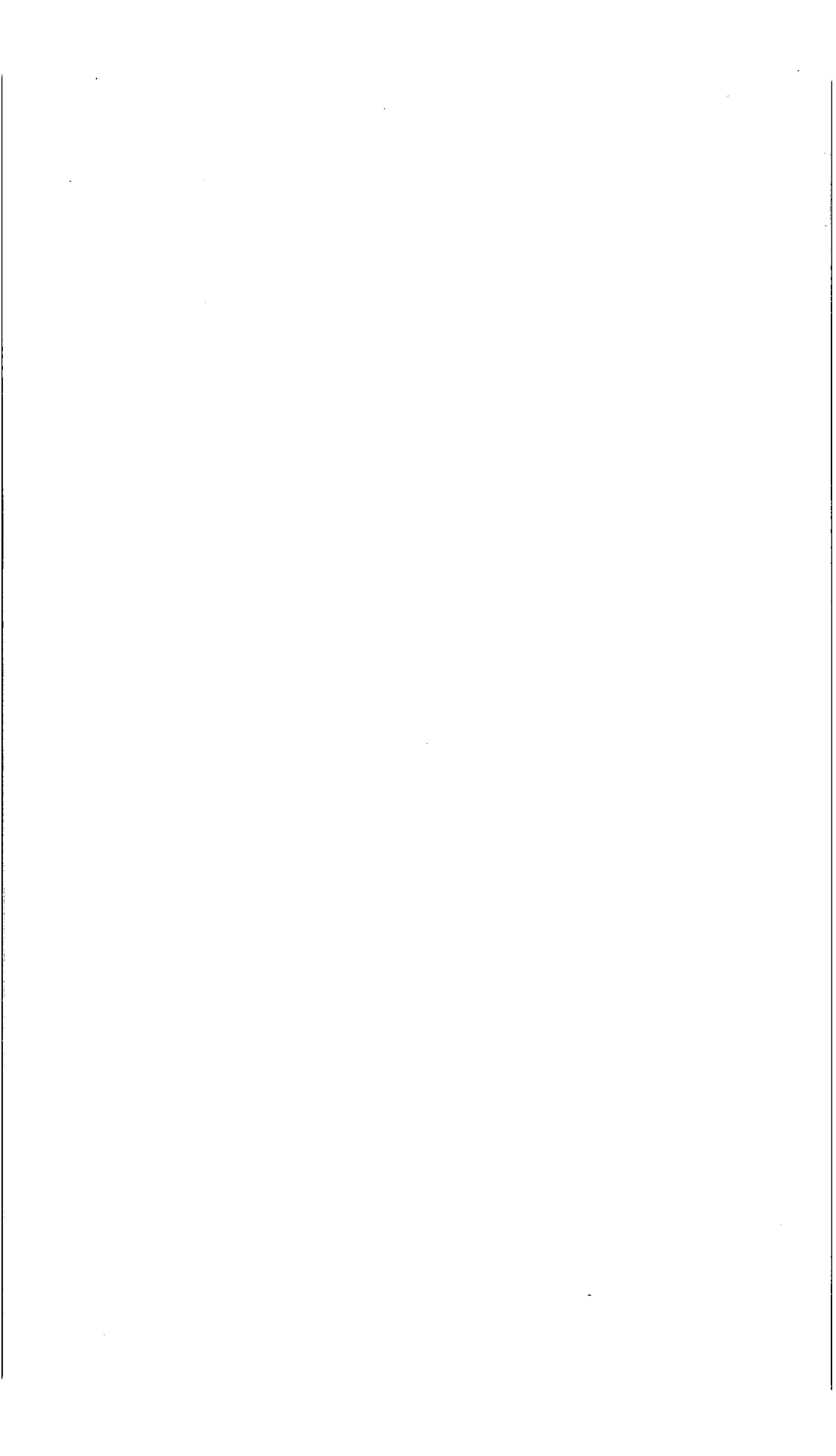
تذييله الوجه الثالث الذي أضربتُ عنه في إبطال الإيداع في هذه النازلة هو أن الإيداع شرط إعماله الرفع للقاضي وإذنه في الإيداع ، لأنه من صور النزاع التي لا يكفي فيها إلا الرفع للقاضي وعن ذكر إذنه للشهود في كتبه لصاحبه فقد فقد شرط إعماله فيجب إهماله .

اعرف في هذا الشرط أوائل جمادى الأولى عام 1004 [هـ/ أوائل جانفي 1596 م] وسابع عشرين من رمضان 1004 [هـ / 25 ماي 1596 م] .

الحمد لله ، سألتني محمد الغالبي ويحيى بن سعيد الجربي لأبي بكر ابن سليمة المتصدق عليها بعد في يوم الجمعة تاسع عشرين من شعبان عام 1007 [هـ / 27 مارس 1599 م] عن مضمون رسم صدقة بعد افتتاحها تصدقت فاطمة بنت عمر بن عبد الرحمن المسلاتي المكروود⁽²⁾ . على ابنتها سليمة بنت الحاج أبي بكر بن عمر عرف ابن ذياب من القبيلة بالنصف الواحد على الشيع⁽²⁾ .

(1) بياض بمقدار كلمة .

(2) بهامش الورقة الأخيرة من المخطوط تعليق بخط الناسخ مقطوع الآخر نصه : لم يوجد كمال المضمون المذكور . . .



محتوى الجزء الثالث من أجوبة ابن عزم

- 3 — مسألة مقطوعة الأول في المخطوط متعلقة بالقسم وأحكامه
- سؤال محمد بن نصر الله العمروني من باجة في خصوص بيع دار دخل فيها إشكال إرث
- 4 — سؤال من نابل في خلاف حول ملك دار تقع في منطقة أغراب لا ينالها الحكم الشرعي
- 5 — سؤال من محمد بن عثمان الجربي الزهاني في شهادة على يمين .
- 7 — تعددت فيها أجوبة المفتين والشروح والتفاصيل الفقهية
- سؤال من الفقيه عبد اللطيف الفلشاني لشقيقة زوجة محمد البجائي الذي قام على القائد بلعيد الترهوني في دار ومخزن . بدأت فصول القضية من نهاية العهد الحفصي
- 15 — سؤال من المؤدب علي بن جمعة الغرياني - مؤدب كتاب المعلق - في قضية خلاف بين زوجين سكنا بدار الجيد فضرب الزوج زوجته في غياب الجيد
- 17 — سؤال من عبد العزيز المرداسي حول دار داخل باب علاوة من تونس امتلكها أخوان من إرث أبيهما ثم اختلفا في سكانها
- 20 — سؤال من الحاج يوسف التركي الساكن ببزرت في شراء علجية معها ابنتها ولما كبرت زوجها فتوفيت قبل الدخول بها
- 23 — سؤال من ساسي بن جمعة الجبالي في قضية إرث لأملاك في البادية — مسألة مقطوعة الأول في المخطوط متعلقة بحاسبة مالية أطرافها بالقيروان، حضرها قاضي هذه المدينة محمد العابد بن عامر وتعددت فيها آراء الفقهاء وأقوالهم فانقل النظر فيها إلى تونس
- 33

- 40 - مسألة تتعلق بالإرث منقولة من كتاب مختصر النهاية
- سؤال من الكاتب رجب لفائدة عبد الله الطوحاني القروي متعلق بمصالحة بين أخوين في خلافتهما حول إرثٍ أمهما، دخل في ذلك يمين. والمسألة مقطوعة الآخر في المخطوط 42
- جواب لم يوجد سؤاله في المخطوط وهو متعلق بحُبسٍ وأحكام حوزة 47
- سؤال من الأغا إبراهيم بقصبة تونس فيه طلبُ الإسراع بالجواب عن مسألة امرأة مرضتْ عند زوجها فطلب الأب تمريرها في بيته والتزم الزوج بمداواتها ونفقتها 51
- عقد نكاح محمد بن أحمد السوسي الهوميل على عائشة بنت محمد النابلي الكحلي ، وفيه شرط طلاق الزوج من زوجته السابقة واسمها أمة الرحمن بنت محمد عنبوس الحمامي . في المسألة رسوم إيداع كثيرة 52
- نص وثيقة منقولة من كتاب وثائق البوسعيدي متعلّقة بتحييس دار . . 56
- نص وثيقة تقيّة في عتق مملوكٍ جناوي فرّ عن مالكة فوعده بالعتق تقيّة ليُرْجعه 57
- نص وثيقة تقيّة في تدبير عبد 58
- سؤال عن رجل سُرق له طعام في أوعيته وهو نائم مع رجل آخر في بيته 59
- سؤال الفقيه عبد الله أيوب من صفاقس حول زواج تفويض 59
- سؤال من الفقيه بلغيث فريح المستيري عن أرضٍ بياضٍ صالحة للحرثة في مدينة المنستير . المشكل في اختلاف العملات من دراهم حيدرية إلى كرونات إسبانية إلى سكة مضروبة بالقيروان 61
- سؤال من محمد رمضان بن إبراهيم عبد القوي صباغ الحرير في تونس عن وصيته لأخيه 63
- سؤال من الحاج ساسي بن محمد علوان في مسألة زواج . اشتملت على تسمية بعض لوازم جهاز المرأة وحكمها عند ظهور الخلاف بين الزوجين 72

- 76 - سؤال محمد البير الجربي عن قضية طلاق باين ووصية
- سؤال من أحمد شرطان المنستيري عن توارث ممتلكات في مدينة المنستير والممتلكات متنوعة منها مبانٍ وأراضٍ سواد وبياض وأقمشة مغزولة وزيت وطعام ودراهم وألبسة وفُرُش وحلي . وفي المسألة اعترافات وأسئلة وأجوبة وتذييلات
- 79 - سؤال من عاشور السماوي بخصوص زواج رجل من امرأة أبوها صاحب سلطة وجاه فظهر بين الزوجين خلاف
- 86 - سؤال من بنزرت حول خلاف عائلي بين زوجين
- 90 - سؤال آخر حول خلاف عائلي بين زوجين
- 93 - مسألة مناكرة بين زوجين يسكنان بربض باب الجزيرة بتونس ، أراد الزوج نقل سكنه إلى ربض باب السويقة
- 96 - سؤال من محمد الطرودي الحداد بباب السويقة عن خلاف بين زوجين أدى إلى السكنى بدار الجيدين ثم المطالبة بالنفقة والضامن عليها
- 97 - سؤال من أحمد قرانة الحمامي متعلق بأملك عائلة العاصمي بالحمامات والخلاف حولها
- 97 - تفاصيل بين ورثة من عائلة اللوز بصفاقس في ديارٍ وأملك قرب باب الجبلي . وهي قضية معقدة اشتملت على تذييلات كثيرة وتعليق ورواية أقوال متعددة
- 99 - سؤال من محفوظ بن أحمد العاصمي من الحمامات عن خلاف بين وريثين في دار تقاسماها بينهما قسمة غير موقفة
- 121 - سؤال من سالم المزوار الخياري في إنزال ورثة منازل آخرين
- 127 - سؤال من مسعود الأصلع عن مال في ذمته لزوجته فاطمة بنت قاسم قدّور نتجت عنه مغاضبة بين الزوجين
- 129 - سؤال من محمد فرشيش - من باب السويقة بتونس - عن تملك نصف شائع من سانية ذات بئر فيها البياض وفيها الزيتون، ثم تمّ اقتسامها بين مستحقيها
- 130

- 137 - سؤال من عائشة بنت محمد الفهمي في قضية نفقة
- 139 - سؤال من عبد القادر السلمي في قضية إرث دارٍ
- سؤال من ترجمان الباشا حسين - باشا تونس - في قضية شفعة وفيها النظر في أموال الأيتام
- 139 - وصية محمد السيليني لرمضان الخلاّدي على أولاده في قائم حياته .
- 143 - وعندما مرض الموصي لم يجدد وصيته ولم يقبلها الموصى له
- 148 - سؤال من مسعود بن محمد الجربي عن خلاف حول عقد كراء حانوت
- 151 - خلاف حول سانية مشجرة كرمًا بقرية رادس العليا
- سؤال من التاجر محمد الشواشي للتاجر إبراهيم قبادو الصفاقسي
- 157 - عن توكيل بزواج وطلاق
- 166 - خلاف حول ملك أرض زيتون
- سؤال من قاسم الفوراتي بصفاقس عن وصية امرأة لأحفادها الذين سيولدون لأبنائها مستقبلاً
- 169 - سؤال من قاسم الفوراتي بصفاقس حول وفاة امرأة أحاط بإرثها أولادها وزوجها ووالداها
- 170 - سؤال من قاسم الفوراتي بصفاقس عن رسم صدقة شهد به شهود قرقنة بأن امرأة تصدقت على ابنتها بجميع ممتلكاتها في جزيرتي قرقنة الكبرى والصغرى برًا وبحرًا
- 172 - مسألة لم يُوجد أولها في المخطوط ، وهي في موضوع وديعة أمانة ..
- 174 - سؤال ورد من رجلٍ تُركي خارج باب الجديد بتونس عن أسير مسلم في أرض النصارى تزوج بامرأة مسلمة هناك . حكم زواج المسلمين في بلاد النصارى
- 178 - قضية طلاق محمد بن مسعود ناني ببنزرت من زوجته مباركة القرشي
- 179 - سؤال من بوسلامة القرقوري بخصوص تجارة في ثياب مصنوعة بحربة لبيعها بالجزائر مع شريكه خميس الجربي
- 181

- سؤال من الشاب أحمد بوربيع من المنستير يتعلّق بحضانة أولادٍ استوطن
أبوهم بلدًا آخر 183
- سؤال من بالطيب بن محمد الزاوي المزوغي السوسي عن امرأة وهبت
موروثها لابنتها ولزوج ابنتها. قضية هبة معقّدة 185
- سؤال من شمويل اليهودي في قضية إرث بين امرأة يهودية وابنها،
حيث تنازلت له عن إرثها من زوجها ثم باعت نصيبها الذي كانت تنازلت
عنه فترافعا لدى قاضي المسلمين 195
- سؤال من تاجر سوقي بتونس قرب جامع الحلق اسمه عبد الملك المحافظي
في موضوع إرث 200
- سؤال من علي بن قاسم الوشفون البراولي في قضية زواج، جعل الرجل
بيد زوجته طلاق أية امرأة يتزوجها عليها 201
- السؤال من سوسة من أولاد محمد الصامت في مسألة إرث بين زوجتين
وأولادٍ للمتوفّى 205
- سؤال من رجل يسكن قرب دار المؤلّف الواقعة عند مسجد القبّة
بتونس في خصوص بكر تزوجت رجلاً فأساءت عشرته 221
- قضية زواج أعقب اختلاقاً بين الزوجين 223
- سؤال من الحاج سالم بن محمد عزيز المنستيري من القيروان في شراء
هنشير وقع فيه غرر من البائع 225
- مسائل من الحبس والهبة والصدقة وغير ذلك 233
- نقل نص متعلق بكيفية الاستدلال بأقوال المدونة. والنص من فتاوى
البرزالي 233
- مسألة من أحكام الأيمان منقولة من فتاوى البرزالي 234
- مسألة ثانية من أحكام الأيمان منقولة من فتاوى البرزالي 236
- مسألة منقولة من فتاوى البرزالي متعلقة ببيع فُرْنٍ 237
- مسألة منقولة من فتاوى البرزالي متعلقة بالحبس 239
- مسألة منقولة من فتاوى البرزالي متعلقة بالحبس أيضا 239

- 240 - مسألة منقولة من مختصر النهاية متعلقة بالحبس
- 240 - مسألة منقولة من مختصر النهاية متعلقة بالهبة
- 244 - مسألة مقطوعة الأول من المخطوط في موضوع نكاح بالتوكيل
- مسألة من محمد القروي التونسي في موضوع رجل أعمر ابنته في دار
منذ وقت سابق وتوالى عليها الورثة 247
- نسخة حكم متعلق بنفقة 268
- سؤال عن مدى مسؤولية الموظف السامي المكلف بأموال الدولة 279
- نسخة رسم من القيروان متعلق بوصية رجل لولد ابنه قبل أن يولد . . . 279
- قضية وصية حكم فيها عمر القلشاني في عهد أبي زكريا الحفصي . . . 281
- نسخة رسم ثبت إرث دار وجنية ومخزن قرب باب خالد من تونس 282
- نسخة رسم بوصية في أملاك بداخل سوسة وخارجها 284
- سؤال من تبرسق عن معاملة مالية بين رجلين كانا متصادقين 288
- خلافات حول إرث سانية 289
- مسألة في موضوع حبس انقطع أولها من المخطوط. تتعلق بكراء حمام
محبس بتونس اختلفت الأطراف على قيمة كرائه 290
- مسائل فقهية وأصولية نقلها المؤلف دون عرض قضية رفعت إليه، وإنما
أوردها تأسيساً لرأيه الفقهي الذي عرضه في المسألة السابقة المخصصة
للخلاف حول كراء حمام بتونس 296
- مسألة مقطوعة الأول من المخطوط متعلقة بقراض ومفاصلة ومحاسبة
- سؤال عن مفاصلة في سانية بياض كائنة بالسبخة خارج باب قرطاجنة
من تونس 327
- شركة في مائتي شاة 329
- محاسبة بين القائد التركي لمدينة بنزرت وموظف اسمه مسعود المسراتي
مطلقة تزوج قبل انتهاء عدتها وهي من أعراب وطن تونس 334
- شركة في مائتين وعشرين شاة 336

- سؤال من أميرة حفصية اسمها المنتصرة بنت الأمير أحمد الحفصي في
مسألة إرث، منه دار كائنة ببطحاء الترجمان داخل باب البحر من تونس 338
- أحمد زيتون الصباغ يسأل عن قضية امرأة كافلة لبناتها الثلاثة تطالب
بالمحاسبة 345
- سؤال من أهل بني بوغالب - برأس الجبل - عن إرث بيت يقع بباب
الجزّارين من هذه المدينة 354
- سؤال من محمد الطورني للحاج محمد الجاموري بالقيروان عن رجلين
سافرا للحج فسرق لهما مال في طريق العودة بمصر 357
- سؤال من عمر الحجّام بن عمر الطراري - من باب السويقة بتونس
في مسألة النفقة على الزوجة قبل البناء بها 360
- قضية رُفعت بين محمد شلبي التركي وعلي بن أحمد حجيلة في معاملة
مالية حيث اختلفا في ثمن حرير شركة بينهما 362
- علي الشامخ من قلعة الزعرانة - وهي القلعة الكبرى بالساحل -
يسأل عن قضية إبراء في إرث أرض بيضاء وأخرى مزروعة زيتونا.
وقد عُرِضت القضية على العديد من المفتين 365
- سؤال من يحيى بن أحمد الفوراتي الصفاقسي وقد تصدّق بدار سكناه
الواقعة بشرقي صفاقس على جميع أبنائه 372
- سؤال من أوضباشي تركي حول خلاف في إصلاح دار شركة بين رجلين 380
- سؤال من إبراهيم بوجناح القليبي عن نفقة المطلّقة الحامل ونفقة ابنتها 384
- مسألة قُطع غالب نصها من المخطوط ولم يبقَ منها غير تذييلات تدلّ على
أنها متعلقة بالعتق والهبة 385
- سؤال من منصور بن بالنور الشعباني - من دار شعبان - عن إرث
والده المتمثل في جنان مشجّر بالزيتون معروف بجنان العجمي. وقد
عُرِضت القضية على قاضي الجماعة بتونس 390
- سؤال من علي المكني القاطن بالمنستير عن حكف بالطلاق الثلاث أديت
الشهادة فيه بعد ثلاثة أشهر من وقوعه 395

- 396 - سؤال من أحمد الصمامة القليعي عن ملكٍ مشتركٍ مشاع بين أقارب .
- 397 - سؤال من صاحب دار الأشغال بتونس عن اشتراك بيت المال مع وريثة .
- سؤال من الفقيه محمد بوربيع المنستيري عن أرض بيضاء في ملكٍ عام باعها بيت المال وتصرف فيها المشترون ثم ادعى رجل أنها ملكه وملك أبيه من قبله وأقام وثيقة بذلك 398
- 400 - مسألة قتل رجل في بيته غيلة فسكتت زوجته أولاً ثم اتهمت جماعة به .
- سؤال من محمد الزكراوي بالمنستير في قضية إرث قام فيها الخلاف بعد أربعة وعشرين عاماً من التصرف 401
- سؤال من عبد اللطيف بن محمد الرايس من باب السويقة عن قضية طلاق خلع 402
- 405 - نفقة المطلق الفقير
- 407 - اعتراف منصور الجبالي باشتراكه مع زوجته متاً للدلاجية في شراء دار سكنهما، والمعترف على فراش المرض
- 410 - قضية إرث رجل سافر للحج وترك زوجة حاملاً فولدت ولداً مات بعد ثلاثة أيام من ولادته، ثم ورد الخبر بوفاة أبيه بالمدينة المنورة
- 412 - قضية خلاف بين والد المرأة وزوجها حول جهازها . في المسألة عرض لعناصر الجهاز من حلي ولباس وغير ذلك
- 414 - مسألة مقطوعة الأول من المخطوط، وهي متعلقة بخلاف بين جيران حول بناء وترميم وقع في بيت مجاور
- 417 - سؤال من تركي مقيم في بنزرت اشترى داراً وأكراها لجماعة من جيش اللؤند فلحق بالناس منهم ضرر أخلاقي ومادي
- 418 - سؤال من موسى يولداش التركي - قرب الزاوية العروسية - في خلاف بين المتجاورين حول إمكانية حفر الآبار في المكان
- تكرار للقضية التي وردت سابقاً في الصفحة 410 من هذا الجزء .
- 420 - مع بعض اختلاف في النص يدلّ على أنها ليست منقولة عنها حرفياً .
- سؤال عن خلاف بين زوجين لهما خمسة أولاد فأراد الزوج أن يعزلها .

- 423 عنهم في دار جَيْدَيْن
- سؤال من علي عزوز البنزرتي الذي يتعاطى صناعة الطب ويتخلّق بأحوال الترك، والمسألة متعلّقة بخلاف بين زوجين 425
- سؤال من منصور القتاري متعلق باعتراف امرأة بأن ما عندها من ألبسة ذكرتها هي من أملاك أمها وأنها في حيازتها 426
- سؤال من مسعود فتانة يتعلّق بخلاف حول زواج بوكالة 427
- سؤال من حسن شاوش حول بيع مملوكة بالثمن المؤجّل 432
- سؤال من فاطمة بنت نصر المديوني - خارج باب المنارة من تونس - في قضية زوج أضرّ بزوجه وأساء عشرتها 433
- سؤال من حفصية مَمّية في خلاف بين زوجين حول أرض 435
- خلاف بين زوجين في الانتقال بالسكنى من بلد الزوجة الأولى إلى بلد الزوجة الثانية 436
- سؤال من قارا صفر في مسألة طلاق وحضانة الأبناء 438
- سؤال من عبد الله زروق القروي في خلاف بين صاحب طاحونة وصاحب فرن حول موت حصان الطاحونة 439
- سؤال حول اختلاف أهل الحي على تسمية إمام لمسجدهم 440
- سؤال من رجل تركي حول بيع دار 441
- سؤال من علي بن عالية - من باب الجزيرة بتونس - في قسمة لحم بين مشتركين في ذبيحة 444
- مسألة إرث في دُويرة ومخزن ومواضع بياض وزيتون 445
- سؤال من محمد الزرمديني حول جريمة قتل وقعت في مدينة جمّال 448
- مسألة في اتهام بتدمية 451
- سَجَانٌ يستخلف رجلا سفيها في عمله بالسجن 452
- قضية تجارية بين محمد بن خيوط الجربي والتاجر اليهودي بينخاس .. 453
- سؤال من أحمد الغرياني لأهل قُرْبَة في قضية عقد نكاح 457

- سؤال من مراد الضماش حول قضية إرث 462
- سؤال من عمر المكدي من سوسة في وصية والد لأولاده 463
- سؤال من علي بوحوالة في قضية بيع سانية 477
- سؤال من محمد زينة بن قاسم زينة من القيروان حول التزام الزوج
لزوجته بالسكنى في مدينة القيروان 478
- مسألة صدقة تُقطع أغلبها من المخطوط ولم تبقى منها إلا أربعة أسطر .. 481